

Die Rechtsverhältnisse der Sondervermögen
(Investmentfonds)
nach dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
im Vergleich zu den Rechtsverhältnissen
anderer Sondervermögen des Privatrechts

Dissertation
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von
Wilhelm Graulich
Referendar aus Leverkusen

1968

Die Rechtsverhältnisse der Sondervermögen
(Investmentfonds)
nach dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
im Vergleich zu den Rechtsverhältnissen
anderer Sondervermögen des Privatrechts

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Wilhelm Graulich

Referendar aus Leverkusen

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Horst Bartholomeyczik

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto Mühl

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1968



1. EINLEITUNG	1
---------------	---

2. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN	2
---------------------------	---

3. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	3
3.1 VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	3
3.2 VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	3

4. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	4
--	---

5. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	5
--	---

6. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	6
--	---

MEINEN ELTERN

7. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	7
--	---

8. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	8
--	---

9. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	9
--	---

10. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	10
---	----

11. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	11
---	----

12. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	12
---	----

13. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	13
---	----

14. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	14
---	----

15. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	15
---	----

16. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	16
---	----

17. VON DER VERFAHRENSWEISE DER VERFAHRENSWEISE	17
---	----

INHALTSÜBERSICHT

	<u>Seite</u>
A. EINLEITUNG - METHODE	1
B. HAUPTTEIL	4
I. TEIL: <u>DIE EINORDNUNG DER SONDERVER-</u> <u>MÖGEN NACH DEM KAGG IN DIE ALL-</u> <u>GEMEINE SONDERVERMÖGENSSYSTEME-</u> <u>MATIK</u>	4
§ 1 <u>Definition und Bedeutung des Sonderver-</u> <u>mögensbegriffs</u>	4
§ 2 <u>Die Einteilungskriterien der Sonderver-</u> <u>mögen des Privatrechts</u>	8
1. Gemeinsame gesamthänderische Rechts-	
trägerschaft - gemeinsame Verfügungsmacht	8
2. Einheitliche Rechtsträgerschaft	10
a) Getrennte Verfügungsmacht	11
b) Beschränkte Verfügungsmacht	12
c) Unbeschränkte Verfügungsmacht	13
§ 3 <u>Die Sondervermögen nach dem KAGG</u>	16
1. Die Sondervermögen nach der Miteigen-	
tumslösung	17
a) Gemeinsame bruchteilsmäßige Rechts-	
trägerschaft	17
b) Getrennte Verfügungsmacht	19
c) Sonderbehandlung der Schuldenhaftung	21
d) Die Rechtsstellung der Kapitalanlage-	
gesellschaft als Sondervermögensver-	
walter bei getrennter Verfügungsmacht	22
2. Die Sondervermögen bei der Treuhand-	
lösung	27
a) Einheitliche Rechtsträgerschaft	27
b) Beschränkte Verfügungsmacht	28
c) Sonderbehandlung der Schuldenhaftung	30
3. Zusammenfassung	33

II. TEIL: <u>DIE RECHTSBEZIEHUNGEN ZWISCHEN</u>		
<u>DEN SONDERVERMÖGENSMASSEN UND</u>		
<u>DEM EIGENVERMÖGEN DER KAPITAL-</u>		
<u>ANLAGEGESELLSCHAFT</u>		35
§ 4	<u>Allgemeines über die Möglichkeit und Problematik schuldrechtlicher Beziehungen zwischen den Vermögensmassen desselben Rechtssubjekts - Ausscheiden der Miteigentumslösung aus diesem Problemkreis</u>	35
§ 5	<u>Die materiellrechtliche Erklärung schuldrechtlicher Beziehungen zwischen den Vermögensmassen bei der Treuhandlösung</u>	39
	1. Eingangsbeispiel	39
	2. Das subjektive Moment der Rechtsbeziehungen bei Sondervermögen unter einheitlicher Rechtsträgerschaft	40
	a) Objektiver Schuldtatbestand	40
	b) Rechtssubjektivität des Sondervermögens	42
	c) Spaltungstheorie	45
	d) Kritik an abweichenden Meinungen, die das subjektive Element der Rechtsbeziehungen aus der Stellung der Sondervermögensverwalter herleiten	51
	da) Hunn	52
	db) Windscheid	53
	dc) Zusammenfassende Kritik	53
§ 6	<u>Die Verfügungsbefugnis über Sondervermögensforderungen, die gegen die Kapitalanlagegesellschaft als Träger ihres Eigenvermögens gerichtet sind</u>	57
	1. Problemstellung und § 11 VIII Ziff. 1	57
	2. Analoge Anwendung des § 11 VIII Ziff. 1 auf die Treuhandlösung	58
	a) Das Bestehen einer Gesetzeslücke	58
	b) Die rechtspolitische Zwecksetzung des § 11 VIII Ziff. 1	60
	c) Analogie zu § 11 VIII Ziff. 1 sowohl als Mittel der Lückenfeststellung als auch der Lückenschließung	64
	3. Die konkurrierende Verfügungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft	65

§ 7	<u>Weitere außervertragliche Tatbestände, die zu Rechtsbeziehungen zwischen Sonder- und Eigenvermögen führen können</u>	67
	1. Tilgung einer Schuld der Kapitalanlage- gesellschaft aus einem intern nicht haf- tenden Vermögenskreis	67
	a) Leistung aus dem Sondervermögen für eine Verbindlichkeit aus einem Geschäft für Rechnung des Eigenvermögens	67
	b) Leistung aus dem Eigenvermögen für eine Verbindlichkeit aus einem Geschäft für Rechnung des Sondervermögens	71
	c) Tilgung der Rücknahmeschuld nach § 10 II aus Mitteln des Eigenvermögens	77
	ca) Ausgleichsforderung analog § 1417 BGB a. F. ?	77
	cb) Ausgleichsforderung analog §§ 421, 426 BGB	80
	2. Erfüllung einer Forderung der Kapitalan- lagegesellschaft durch Leistung des Schuld- ners in die nichtberechtigte Vermögens- masse	82
	3. Ersatzpflicht der Kapitalanlagegesell- schaft nach § 18 I Satz 3	88
	4. Einlösung eigener Anteilscheine durch die Kapitalanlagegesellschaft zu Lasten des Sondervermögens	89
	5. Anhang: Übergang der Sondervermögen auf die Depotbank im Wege der Gesamt- rechtsnachfolge nach § 13 I	93
§ 8	<u>Die Möglichkeit des Entstehens von Rechts- beziehungen auf Grund vertraglicher Verein- barungen</u>	97
	1. Problemstellung	97
	2. Die Entstehung vertraglicher Rechtsbe- ziehungen bei einheitlicher Rechtsträger- schaft im allgemeinen	97
	a) Vertragsschluß in den Fällen getrenn- ter Verfügungsmacht	98
	aa) Eintritt der Vertragswirkungen in der Person des Vermögenseigners als einem juristisch gespaltenen Rechtsträger	99
	ab) Inhalt der Leistungspflicht	102

	<u>Seite</u>
b) Vertragsschluß in den Fällen der- selben Verfügungsmacht	106
3. Vertragsschluß bei den Sondervermögen der Treuhandlösung	109
a) Zur Frage einer rechtsbegrifflich möglichen Konstruktion unter kriti- scher Würdigung der bei den Sonder- vermögen mit derselben Verfügungs- macht herrschenden Ansicht	109
b) Die materiellrechtliche Wirksamkeit der Verträge	114
ba) Vertragsschluß zwischen Eigen- und Sondervermögen	114
bb) Vertragsschluß zwischen zwei Sondervermögen	118
4. Exkurs: Vertragsschluß bei den Sonder- vermögen der Miteigentumslösung	121
§ 9 <u>Das Erlöschen der Rechtsbeziehungen zwi- schen Eigen- und Sondervermögen</u>	124
1. Erfüllung	125
a) Ansprüche des Sonder- gegen das Eigenvermögen	125
b) Ansprüche des Eigen- gegen das Sondervermögen	126
ba) Die innerhalb des Kapitalanlage- komplexes vertretene Meinung	126
bb) Vergleich mit den Rechtsverhält- nissen des Schiffssondervermögens, der vorläufigen Erbschaft und der Alleinvorerbschaft	127
bc) Vergleich mit den Rechtsverhält- nissen des dürftigen und überbe- schwerten Nachlasses. § 1991 BGB	130
2. Erfüllungssurrogate	135
3. Konfusion	137
§ 10 <u>Die Durchsetzung der Rechtsbeziehungen im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfah- ren</u>	139
1. Erkenntnisverfahren	139
a) Aktivprozeß	139
b) Passivprozeß	142
2. Vollstreckungsverfahren	143

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	am Anfang
a. a. O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
A. G.	Aktiengesellschaft
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien
Anm.	Anmerkung
a. M.	anderer Meinung
Aufl.	Auflage
Bay ObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seite der amtlichen Sammlung
B. T. -Drucksache	Bundestagsdrucksache
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgend(e)
Fußn.	Fußnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
h. A.	herrschende Ansicht
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung

HRR	Höchsttrichterliche Rechtsprechung
i. V.	in Verbindung
Jher., Jb.	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JZ	Juristen-Zeitung
KAG	Kapitalanlagegesellschaft
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-Stempel- und Strafsachen
KO	Konkursordnung
Lfg.	Lieferung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OHG	Offene Handelsgesellschaft
Prot.	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches
Rdn.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
s.	siehe
Seuff., A.	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der oberersten Gerichte in den deutschen Staaten
Sp.	Spalte
SV	Sondervermögen
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung

WarnRspr	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen (Ergänzungsband)
WM	Wertpapiermitteilungen
z. B.	zum Beispiel
ZfgH	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für deutsches Zivilprozeßrecht

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- | | |
|---|---|
| Barocka, Egon | Investment-Sparen und Investment-Gesellschaften, Stuttgart 1956 |
| Bartholomeyczik, Horst | Erbrecht, ein Studienbuch.
.6. ergänzte Aufl., München und Berlin 1964, zit.: "Erbrecht", 6. Aufl.;

7. ergänzte Aufl., München und Berlin 1965,
zit.: "Erbrecht" |
| derselbe | Das Gesamthandsprinzip beim gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miterben, in: Festschrift für H.-C. Nipperdey zum 70. Geburtstag.
Bd. I, München und Berlin 1965,
S. 145 ff. |
| derselbe | Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt a. M. 1960, 3. Aufl. |
| Bartholomeyczik, Horst
Lange, Heinrich | Erbeinsetzung, andere Zuwendungen und Erbschein, 5. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für "Deutsches Recht"
zit.: "Erbeinsetzung" |
| Baum, Günter | Schutz und Sicherung des Investment-sparers bei Kapitalanlagegesellschaften und Investment-Trusts, Diss.
Mainz 1959 |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht; 17. neubearbeitete Aufl., München u. Berlin 1966 |
| Baumbach-Hefermehl | Wechsel- u. Scheckgesetz, 8. neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1965 |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung, 29. durchgesehene Aufl., München u. Berlin 1966 |
| vom Berge und Herrendorff,
Hans Siegmund, Freiherr | Der Schutz des Investmentsparers, Diss., Köln 1962 |
| Berner, Wilhelm | Die Pfändung von Investmentzertifikaten und ihre Verwertung, in: Rpfleger 1960, S. 33 ff. |

- | | |
|----------------------------|---|
| Beyer, Reinhard | Die Surrogation bei Vermögen im
Bürgerlichen Gesetzbuch, Marburg
1905 |
| Binder, Julius | Die Rechtsstellung des Erben nach
dem deutschen bürgerlichen Gesetz-
buch, II. Teil, Leipzig 1903 |
| Blomeyer, Arwed | Allgemeines Schuldrecht, 3. durch-
gesehene und ergänzte Auflage,
Berlin und Frankfurt 1964 |
| Boegl, Herbert | Der Begriff des Sondervermögens
nach Reichsprivatrecht, Beiträge
zum Handelsrecht, Heft 7, Leipzig
1933 |
| Boehmer, Gustav | Grundlagen der Bürgerlichen Rechts-
ordnung, 2. Buch, 2. Abt., Tübingen
1952 |
| Bötticher, Eduard | Erbe und Gemeinschuldner als gewill-
kürte Prozeßstandschafter des Nach-
laß- und des Konkursverwalters, in:
JZ 1963, 582 ff. |
| derselbe, zu | Jaeger, Konkursordnung mit Einfüh-
rungsgesetzen, 8. Aufl., in: ZZP,
71. Band, S. 314 ff. |
| derselbe | Die Konkursmasse als Rechtsträger
und der Konkursverwalter als ihr
Organ, in: ZZP, 77. Bd., 1964,
S. 55 ff. |
| Brandt, Alfred | § 1417 BGB, zugleich ein Beitrag zur
Frage der Ausgleichung zwischen
Haupt- und Sondervermögen, Diss.
Würzburg 1934 |
| Brecher, Fritz | Das Unternehmen als Rechtsgegen-
stand, Bonn 1953 |
| Brox, Hans | Erbrecht, Köln-Berlin-Bonn-Mün-
chen 1966 |
| Das Bürgerliche Gesetzbuch | Kommentar, herausgegeben von Reichs-
gerichtsräten und Bundesrichtern,
11. Aufl., II. Bd., 2. Teil, Einzelne
Schuldverhältnisse, Berlin 1960, V.
Bd., 1. Teil, Erbrecht, Berlin 1960,
2. Teil, Erbrecht, Berlin 1961 |

- Caemmerer, Ernst von Kapitalanlage- oder Investment-Gesellschaften, in: JZ 1958, S. 41 ff.
- derselbe, zu Siara, Georg und Tormann, Wolfgang, Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften v. 16. 4. 1957 in: JZ 1958, S. 71 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, Berlin 1964
- Consbruch, Johannes Investmentsparen gesetzlich geschützt, in: BB 1957, S. 337 ff.
- Cosack, Konrad und Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, 8. umgearbeitete Aufl., Jena 1927
- Mitteis, Heinrich
- Dacke, August Theodor Der Untergang der Schuldverhältnisse durch Konfusion, Diss. Erlangen 1933
- Dietel, Rainer von Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch Kapitalanlagegesellschaften aus den Beteiligungen, die zu einem Sondervermögen (Fonds) gehören, Diss. Mainz 1963
- Dölle, Hans Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift Fritz Schulz, 2. Bd., Weimar 1951
- Dürre-Full Erörterungen zum Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, in: Das Deutsche Bundesrecht III H 28, S. 13 ff.
- Ebner von Eschenbach, Die Rechte des Anteilinhabers nach dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, Diss. Erlangen 1959
- Hans-Christoph, Freiherr
- Ehrenberg, Victor Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, Jena 1880
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964

- Engler, G. W. Investmentsparer brauchen Sicherheit, in: Das Wertpapier 1956, S. 260 ff.
- Enneccerus, Ludwig
- Kipp, Theodor
- Wolff, Martin Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Bd., Das Familienrecht, 7. Bearbeitung, Marburg 1931
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen 1958, 15. Bearbeitung
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbbd., 15. neubearb. Aufl., Tübingen 1959, 2. Halbbd., 15. neubearb. Aufl., Tübingen 1960, zit.: "I, II"
- Erman, Walter Kommentar zum BGB, 1. u. 2. Bd., 4. neubearb. u. erweiterte Aufl., Münster 1967
- Esser, Josef Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil; 2. vollkommen neubearb. Aufl., Karlsruhe 1960
- Fabrizius, Fritz Relativität der Rechtsfähigkeit, ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München und Berlin 1963
- Fischer, Kurt Die Zwangsvollstreckung in die Sondervermögen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss., Leipzig 1932
- Fitting, Hermann Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren, 3. völlig neubearb. Aufl., Berlin 1904
- Gericke, Karlheinz Rechtsfragen zum Investmentsparen, in: DB 1959, S. 1276 ff.
- Geßler, Ernst Das Recht der Investmentgesellschaften und ihrer Zertifikatsinhaber, in: Wertpapiermitteilungen 1957, Sonderbeilage Nr. 43 zu Teil IV B Nr. 20, S. 10 ff.
- Gierke, Julius von Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. vermehrte und verbesserte Aufl., Berlin 1958

- Gierke, Otto von Deutsches Privatrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, Zweiter Band, Sachenrecht, Leipzig 1905; Dritter Band, Schuldrecht, München und Leipzig 1917, zit.: "I, II, III"
- Graßhoff, Richard Die verselbständigten Vermögensmassen (Die dritte Rechtsperson), Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1926
- Hagen, Otto Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten, in: Jher. Jb. 42, 43 ff.
- Hamburger, Georg Das Recht aus der Haftung und die Unmöglichkeit der Leistung, Berlin 1915
- Hausladen, Werner Ist § 419 BGB auch auf Sondervermögen anwendbar? - Diss. München 1951
- Heck, Philipp Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929; zit.: "Grundriß"
- derselbe Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, zit.: "Gesetzesauslegung"
- Hein, Wolfgang Duldung der Zwangsvollstreckung, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, 34. Heft, Breslau 1911
- Hellwig, Konrad Anspruch und Klagrecht, Beiträge zum Bürgerlichen und zum Prozeßrecht, Leipzig 1910, zit.: "Anspruch"
- derselbe Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 1. Bd. Leipzig 1903, zit.: "Lehrbuch"
- derselbe System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912, zit.: "System"
- Henckel, Wolfram Parteilchre und Streitgegenstand, Heidelberg 1961

- Hirsch, Hans Christoph Die Übertragung der Rechtsausübung, Vervielfältigung der Rechte, 1. Teil, Berlin 1910
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. neubearbeitete Aufl., Berlin 1964, zit.: "Recht der OHG"
- derselbe Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1965, zit.: "Gesellschaftsrecht"
- Hunn, Adalbert Die Trennung des Sondervermögens vom Hauptvermögen in ihren Beziehungen zum Schuldrecht, Diss. Frankfurt 1931
- Jaeger, Ernst Kommentar zur Konkursordnung, 1. Band, Berlin u. Leipzig 1931, 2. Band, Berlin u. Leipzig, jeweils 6. und 7. neubearb. Aufl., zit.: "Jaeger, 6./7. Aufl., § ... Anm. ..."
- derselbe Konkursordnung mit Einführungsge-
setzen, 8. Aufl., 1. Band, bearbeitet
von Friedrich Lent, Berlin 1958,
2. Band, bearbeitet von Friedrich
Weber, zweite Lieferung, Berlin 1959
zit.: Jaeger-Bearbeiter, § ... Anm. ...
- Kipp, Theodor Erbrecht, Ein Lehrbuch, 12. Bear-
- Coing, Helmut beitung, Tübingen 1965
- Kisch, Wilhelm Das Reichsgericht und der Parteibe-
griff, in: Die Reichsgerichtspraxis
im deutschen Rechtsleben, Festgabe
der juristischen Fakultäten zum 50-
jährigen Bestehen des Reichsgerichts,
6. Bd., Berlin u. Leipzig 1929
- Klenk, Friedrich Ernst Die rechtliche Behandlung des Invest-
mentanteils unter Berücksichtigung
der Anteilberechtigung des Invest-
mentratensparers, Diss. Köln 1967,
erschieden in: Bankrechtliche Sonder-
veröffentlichungen des Instituts für
Bankwirtschaft und Bankrecht an der
Universität zu Köln, Bd. 4

- | | |
|--------------------|--|
| Knoll, Gerhard | Die Haftung der Inhaber zwangsverwalteter Sondervermögen für schadenstiftendes Verhalten der Amtsverwalter, Diss. Köln 1964 |
| Kohler, Josef | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Berlin 1906 |
| Kreß, Hugo | Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929 |
| Kretschmar, Paul | Die Theorie der Confusion, Leipzig 1899 |
| Lange, Heinrich | Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962 |
| Larenz, Karl | Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgem. Teil, 8. durchgesehene und ergänzte Auflage, München und Berlin 1967, 2. Bd. Besonderer Teil, 8. durchgesehene und ergänzte Aufl., München und Berlin 1967, zit.: "I, II" |
| derselbe | Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, zit.: "Methodenlehre" |
| derselbe | Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: NJW 1965, 1 ff. |
| Lehmann, Heinrich | Gesellschaftsrecht, 2. neubearb. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1959 |
| Lehmann/Hübner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966 |
| Leonhard, Franz | Allgemeines Schuldrecht des BGB, Erster Bd., München u. Leipzig 1929 |
| Liebich, Dieter | Treuhand und Treuhänder im Wirtschaftsrecht, Herne/Berlin 1966 |
| Ludewig, Wilhelm | Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1922 |
| Lübtow, Ulrich von | Insichgeschäfte des Testamentvollstreckers, JZ 1960, 151 ff. |

- | | |
|-------------------------|---|
| Martin, Rudolf | Kritische Betrachtungen zur Lehre vom Sondervermögen, in: AcP 102, S. 444 ff. |
| Mentzel/Kuhn | Kommentar zur Konkursordnung, 7. neubearb. Aufl., Berlin u. Frankfurt a. M. 1962 |
| Meyer-Cording, Ulrich | Investment-Gesellschaften, in: ZfgH, Bd. 115, S. 65 ff. |
| Molitor, Erich | Schuldrecht, I. Allgem. Teil, 7. durchgesehene u. ergänzte Aufl., München und Berlin 1963 |
| Oertmann, Paul | Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. umgearb. Aufl., Berlin 1927 |
| Palandt, Otto | Bürgerliches Gesetzbuch, 26. neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1967 |
| Pannwitz, Hans-Curt von | Verfüugungsmacht und Verfügungsbeschränkung der Kapitalanlagegesellschaft nach § 8 I und II KAGG, Diss. München 1961 |
| Pappenheim, Max | Handbuch des Seerechts - Sachen des Seerechts - Schuldverhältnisse des Seerechts I - Binding: Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Leipzig 1906 (III. 3, II) |
| Planck's | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd., Allgem. Teil, 4. völlig neubearb. Aufl., Berlin 1913, II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgem. Teil), 4. völlig neubearb. Aufl., Berlin 1914, V. Band, Erbrecht, 4. völlig neubearb. Aufl., Berlin und Leipzig 1930 |
| Pohle, Rudolf zu | Jaeger, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 8. Aufl., in: MDR 1956, S. 639 ff. |
| Reuter, Gerhard | Investmentfonds und die Rechtsstellung der Anteilinhaber, Diss. Frankfurt a. M. 1965 |

- | | |
|-----------------------|---|
| Rosenberg, Leo | Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. verbesserte Aufl., München und Berlin 1961 |
| Schäcker, Hans-Erhard | Entwicklung und System des Investmentsparens, Frankfurt a. M. 1961 |
| Schaps-Abraham | Das Deutsche Seerecht, Kommentar und Materialsammlung, 3. umgearb. und erweiterte Aufl., 1. Bd. Berlin 1959, 2. Bd. Berlin 1962 |
| Schlegelberger-Vogels | Erläuterungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I Allgem. Teil mit dem Verschollenheitsgesetz, Berlin 1939 |
| Schrempf, Claus | Ratgeber für Investment-Sparer, München 1960, zit.: "Ratgeber" |
| derselbe | Sparen und Verdienen durch Investment, 2. Aufl., München 1956, zit.: "Sparen und Verdienen" |
| Schuler | Kapitalanlagegesellschaft, ihre Sondervermögen und Anteilscheine, in: NJW 1957, S. 1049 ff. |
| Siara-Tormann | Kommentar zum Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, Frankfurt a. M. 1957 |
| Siber, Heinrich | Haftung für Nachlaßschulden nach geltendem und künftigem Recht, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Berlin u. Leipzig 1937 |
| Siebert, Wolfgang | Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem, 2. Aufl., Marburg 1933 |
| Soergel-Siebert | Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., I. Bd. Einleitung, Allgem. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Allgem. Teil, Stuttgart 1959; II. Bd., Einzelne Schuldverhältnisse, Stuttgart 1962, V. Bd., Erbrecht, Stuttgart 1961
zit.: Siebert --- (Bearbeiter) § ... Anm. |

- Band 1, Einleitung, Allgem. Teil,
10. neubearb. Auflage, Stuttgart-
Berlin-Köln-Mainz 1967, zit.:
Soergel- ... (Bearbeiter) § ... Anm. ...
- Spreckelsen, Hans von Der Begriff des privatrechtlichen
Amtes unter besonderer Berücksich-
tigung der Testamentsvollstreckung,
Studien zur Erläuterung des bürger-
lichen Rechts, 41. Heft, Breslau 1927
- Staudinger, J. von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch mit Einführungsgesetz und Ne-
bengesetzen, 11. neubearb. Aufl.,
1. Bd., Allgem. Teil, Berlin 1957,
II. Bd., Einzelne Schuldverhältnisse,
4. Teil, Lieferung 1, Berlin 1958,
Lieferung 2, Berlin 1959,
Lieferung 3, Berlin 1960
V. Bd., Erbrecht, 1. Teil, Berlin
1954; 2. Teil Berlin 1960, 10./11.
neubearbeitete Aufl.
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
bearb. von Rudolf Pohle, 2. Lfg.
(Bd. I, Bogen 15-29), 19. Aufl.,
Tübingen 1964
- Tormann, Wolfgang Die Investmentgesellschaften, 2. auf
den neuesten Stand gebrachte Aufl.,
Frankfurt/Main 1965
- derselbe Das neue Gesetz über Kapitalanlage-
gesellschaften, in: Das Wertpapier,
1957, S. 142 ff.
- Tuhr, Adreas von Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Unver-
änderter Nachdruck der 1910 erschie-
nenen ersten Auflage, Berlin 1957,
zit.: "I"
2. Bd., 1. Hälfte, München u. Leipzig
1914, 2. Hälfte, München u. Leipzig
1918, zit.: "II 1; II 2"
- Ulmer, Eugen Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart-
Berlin 1938

- Walter, Helmut Machtzusammenballung und Vermögensbildung durch Investmentgesellschaften, dargestellt an der Entwicklung in Deutschland, der Schweiz, den Niederlanden und den USA, Darmstadt 1963
- Wieczorek, Bernhard . Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handausgabe, 2. erweiterte und verbesserte Aufl., Berlin 1966
- Will, H. Der Gesetzentwurf über Kapitalanlagegesellschaften, in: Das Wertpapier, 1956, S. 372 ff.
- Windscheid, Werner Über das Sondervermögen, Diss. Hamburg 1927
- Wolff, Th. Die Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1921
- Wüstendörfer, Hans Neuzeitliches Seehandelsrecht, 2. durchgesehene und verbesserte Aufl., Tübingen 1950 zit.: "Seehandelsrecht"
- derselbe Das Seeschiffahrtsrecht, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 7. Bd., II. Abt., Leipzig 1923, zit.: "Handbuch"
- Zitelmann, Ernst Sondergut nach deutschem Internationalprivatrecht, in: Festschrift für Otto Gierke zum 70. Geburtstag, S. 255 ff. - Weimar 1911

A. EINLEITUNG - METHODE

Seitdem durch das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) vor 10 Jahren das Investmentsparen in Deutschland auf eine feste gesetzliche Grundlage gestellt wurde, sind an den Hochschulen der deutschen Bundesrepublik insgesamt acht juristische Dissertationen angefertigt worden¹, die sich in mehr oder weniger spezieller Weise mit der rechtlichen Problematik dieses Gesetzeswerkes befassen. Dabei ist über die historische Entwicklung und die Ziele des Kapitalanlagewesens sowohl aus wirtschaftlicher als auch juristischer Sicht so viel gesagt worden, daß darauf erneut an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden braucht.

Eine der Kernbestimmungen des KAGG enthält der § 6 I Satz 1², wonach das bei der Kapitalanlagegesellschaft gegen Ausgabe von Anteilscheinen eingelegte Geld und die damit angeschafften Wertpapiere und Bezugsrechte ein "Sondervermögen" bilden, das vom eigenen Vermögen der Kapitalanlagegesellschaften getrennt zu halten ist (§ 6 I 3). Soweit man bisher dem Begriff des Sondervermögens im KAGG überhaupt besondere Beachtung schenkte, geschah das nur unter dem rechtspolitischen Aspekt, inwieweit die

1 Baum, Günter: "Schutz und Sicherung des Investmentsparers bei Kapitalanlagegesellschaften und Investment Trusts", Diss. Mainz 1959; vom Berge und Herrendorff, Hans-Siegmund: "Der Schutz des Investmentsparers", Diss. Köln 1962; Dietel, Rainer von: "Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch Kapitalanlagegesellschaften aus den Beteiligungen, die zu einem Sondervermögen (Fonds) gehören", Diss. Mainz 1963; Ebner von Eschenbach, Hans-Christoph Freiherr: "Die Rechte des Anteilhabers nach dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften", Diss. Erlangen 1959; Klenk, Friedrich Ernst: "Die rechtliche Behandlung des Investmentanteils unter Berücksichtigung der Anteilberechtigung des Investmentratensparers", Diss. Köln 1967; Pannwitz, Hans-Curt von: "Verfügungsmacht und Verfügungsbeschränkung der Kapitalanlagegesellschaft nach § 8 I und II KAGG", Diss. München 1961; Reuter, Gerhard: "Investmentfonds und die Rechtsstellung der Anteilhaber", Diss. Frankfurt 1965; Schäcker, Hanns-Erhard: "Entwicklung und System des Investmentsparens", Frankfurt a. M. 1961.

2 §§ ohne Zusatz sind solche des KAGG.

vermögensrechtliche Beteiligung des einzelnen Anteilinhabers am Investmentfonds als einem von der Kapitalanlagegesellschaft treuhänderisch verwalteten Sondervermögen geschützt und gesichert wird¹.

Ein Großteil der Rechtsprobleme aller Sondervermögen des Privatrechts beruht darauf, daß es diesen trotz einer gewissen rechtlichen Selbständigkeit an einer eigenen Rechtssubjektivität fehlt. Dennoch hat nach herrschender Auffassung² die abgegrenzte Stellung von Sondervermögen innerhalb der Zuständigkeit desselben Rechtsträgers die Besonderheit zur Folge, daß zwischen den nicht rechtsfähigen Sondervermögensmassen und dem allgemeinen Vermögen des Subjekts Rechtsbeziehungen existieren können, wie sie sonst nur zwischen verschiedenen Personen vorkommen.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es sein nachzuprüfen, ob und auf Grund welcher Tatbestände solche Rechtsbeziehungen auch im Bereich der Sondervermögen nach dem KAGG entstehen können, wie sie materiellrechtlich zu erklären sind und auf welche Weise sie wieder erlöschen. Dabei ist im Rahmen der besonderen Aufgabenstellung zum ersten Male die bisher weitgehend vernachlässigte Treuhandlösung in den Vordergrund zu stellen. Denn nur bei ihr, nicht aber bei der Miteigentumslösung stehen die gesonderten Vermögensmassen in der Rechtszuständigkeit desselben Rechtssubjekts, der Kapitalanlagegesellschaft, wodurch erst die den Rechtsbeziehungen der Sondervermögen eigentümliche Problematik hervorgerufen wird.³

Bevor diese Untersuchungen im II. Teil des Hauptteils durchgeführt werden können, ist es notwendig, in einem I. Teil Merkmale und Standort der Sondervermögen sowohl nach der Treuhand als auch nach der Miteigentumslösung zu bestimmen, indem sie

1 Vgl. z. B. Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 75 ff. (76); Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 35 ff.
2 Vgl. dazu die Literaturangaben auf S. 35, Fußnote 1.
3 Vgl. dazu näher unten S. 36 f.

in eine zuvor skizzierte allgemeine Sondervermögenssystematik eingeordnet werden. Ein solches Vorgehen empfiehlt sich schon deswegen, weil auch für die Erklärung der hier zu behandelnden Rechtsbeziehungen je nach Sondervermögenstypus im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen vertreten werden.

Da der vorstehend angedeutete Problemkreis in der Spezialliteratur zum KAGG bisher noch nicht gesehen wurde, sind im Interesse der Anschaulichkeit und sachgerechter, dogmatisch sauberer Lösungsversuche mannigfache Parallelen zu den übrigen Rechtsverhältnissen der Sondervermögen des Privatrechts zu ziehen.

B. HAUPTTEIL

I. Teil: DIE EINORDNUNG DER SONDERVERMÖGEN NACH DEM GESETZ ÜBER KAPITALANLAGEGESELLSCHAFTEN IN DIE ALLGEMEINE SONDERVERMÖGENSSYSTEMATIK

§ 1 Definition und Bedeutung des Sondervermögensbegriffs

Der Gesetzgeber des KAGG, der den Begriff des Sondervermögens an mehreren Stellen *expressis verbis* gebraucht¹, hat dabei nicht einen Begriff neu geschaffen², sondern einen von der Wissenschaft und Rechtsprechung schon seit langem gebrauchten und anerkannten Begriff übernommen, der allerdings im BGB nie, in jüngeren Gesetzen höchst selten Eingang gefunden hat³.

In der reichhaltigen rechtswissenschaftlichen Literatur, die sich mit dem SV befaßt, werden drei begriffsbildende Merkmale genannt, die das Wesen eines SV ausmachen⁴:

1. Aus dem Gesamtvermögen eines Subjekts wird ein gewisser unselbständiger Inbegriff von Vermögensrechten kraft Gesetzes ausgegliedert, der
2. bestimmten Zwecken dienen soll und deshalb
3. einer vom übrigen (allgemeinen) Vermögen des Rechtsträgers unterschiedlichen rechtlichen Behandlung unterworfen ist.

1 Vgl. z. B. §§ 6 I Satz 1 - 3, II; 7; 17 III; 18 I.

2 So aber anscheinend Siara-Tormann, § 6 Anm. 1, S. 31 a. A.

3 Vgl. § 1395 der RVO vom 19. Juli 1911, worin das Vermögen einer Versicherungsgesellschaft in "Gemein- und Sondervermögen" aufgeteilt wurde.

4 Vgl. insbesondere: Enneccerus-Nipperdey, I § 132; Cosack, Mitteis, S. 52; Diss. Hunn, S. 9; Oertmann, Vorbem. § 90, Anm. 5; Planck-Strecker vor § 90, Anm. 3 cß; Schlegelberger-Vogels, § 90 Anm. 19; Soergel-Schutze v. Lasaulx vor § 90 Anm. 12; Staudinger-Coing, Vorbem. vor § 90 Anm. 17; v. Tuhr, I, S. 331 f.; Zitelmann, in: Festschrift für O. Gierke, S. 255.

Eine exaktere, alle SV gleichermaßen umfassende Definition, hauptsächlich die "unterschiedliche rechtliche Behandlung" betreffend, läßt sich wegen der mannigfachen, vielgestaltigen Erscheinungsformen der SV nicht geben. Dieser Mangel beruht darauf, daß der Gesetzgeber bei der rechtlichen Ausgestaltung nicht schematisiert, sondern differenziert. Das wiederum hängt notwendigerweise mit der verschiedenen Zwecksetzung zusammen, denen die SV gewidmet sind. Die besondere rechtliche Behandlung bestimmter Vermögensmassen ist nämlich nicht Selbstzweck, sondern ein rechtstechnisches Mittel zur Erreichung eines bestimmten rechtspolitischen Zieles, das mit Schaffung des jeweiligen SV verfolgt werden soll. Insofern fordert eine verschiedene Zwecksetzung eine verschiedene rechtliche Sonderbehandlung.

Diese äußert sich in vielerlei Gestalt. Man findet Verfügungsbeschränkungen, Sonderregelungen bei der Schuldenhaftung, das SV kann durch eine Gesamtrechtsnachfolge andere Wege gehen als das sonstige Vermögen, durch die besondere Zuordnungswirkung der sog. dinglichen Surrogation wird ein Bestandsschutz der Sondervermögenseinheit gewährleistet, u. a. mehr. Aber auch das Prinzip der Surrogation gilt nicht bei allen SV¹. Ob und in welchem Umfange eine Surrogationswirkung eintritt, bestimmt sich ausschließlich nach den das betreffende SV regelnden Einzelbestimmungen.²

Durch das begriffsbildende Merkmal der "besonderen rechtlichen Behandlung", das gewählt wurde, um möglichst alle rechtlichen Besonderheiten darunter subsumieren zu können, hat der Sonder-

1 Anders aber Beyer, S. 336; v. Tuhr, a. a. O., S. 335.

2 Vgl. RGZ 70, 226 ff. (233); gegen eine analoge Anwendung von Surrogationsvorschriften Siebert, S. 184 f. Er bezieht seine Auffassung zwar in erster Linie auf das Treugut. Was dort gesagt wird, muß aber auch für das SV gelten, denn der Begriff "Sondervermögen" ist nur ein Oberbegriff für bestimmte zweckgebundene Vermögensmassen, zu denen auch das Treugut gehört. Vgl. Diss. Ebner von Eschenbach, S. 76 m. w. N.

vermögensbegriff eine derartige "Abstraktionshöhe"¹ erreicht, daß infolge des großen Anwendungsbereiches der konkrete Inhalt des abstrakten Begriffs recht gering geworden ist. Dennoch erscheint es entgegen der Auffassung von Martin² nicht richtig, den Wert des Sondervermögensbegriffs mit der Begründung zu leugnen, daß sich aus ihm nicht eine einzige, allen ihm untergeordneten Erscheinungen gemeinsame Konsequenz ableiten lasse. Ein juristischer Begriff ist nicht deswegen wertlos, weil er wegen der dem abstrahierenden Denken innewohnenden Tendenz inhaltlich verarmt.³

Es bedarf aber für den weiteren Verlauf der Arbeit noch einer Klärung, welche rechtliche Besonderheit mindestens vorliegen muß, damit schon von einem SV im Gegensatz zum allgemeinen, freien Vermögen gesprochen werden kann.

Bedeutung erlangen die subjektiven Vermögensrechte im Rechtsleben dadurch, daß sie grundsätzlich der freien Verfügungsgewalt ihres Zuordnungssubjektes unterliegen und in ihrer Gesamtheit als Haftungssubstrat dem beliebigen Zugriff all seiner Gläubiger ausgesetzt sind. Um den speziellen Sondervermögenszweck nicht zu vereiteln, der in den meisten Fällen den eigennützigen Interessen des Rechtsträgers entgegensteht, wird die rechtliche Sonderbehandlung des SV demnach vornehmlich in Beschränkungen der Verfügungsmacht oder der Schuldenhaftung bestehen oder beides zum Inhalt haben.

Ähnliches bringt der von Boegl⁴ auf induktivem Weg erarbeitete Sondervermögensbegriff zum Ausdruck. Nach ihm ist das SV ein "gesonderter Vermögenskreis, bei dem die Rechtsausübung an einen bestimmten Zweck gebunden ist"⁵. Unter Bindung der

1 Vgl. allgemein zur Bedeutung der Abstraktionshöhe bei Rechtsbegriffen Larenz, Methodenlehre, S. 324 ff.

2 In AcP 102, 453.

3 Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 329 ff.

4 Boegl, Herbert: "Der Begriff des Sondervermögens nach Reichsprivatrecht".

5 a. a. O., S. 122.

Rechtsausübung in Form einer Aktiv- und Passivbindung versteht aber Boegl nichts anderes als eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Rechtsträgers und der Zugriffsmacht seiner Gläubiger im Hinblick auf die vom Gesamtvermögen zu unterscheidenden Sondervermögensrechte¹.

Im Gegensatz zu ihm erscheint es aber richtiger, auch dann schon von einem SV zu sprechen, wenn sich die rechtliche Sonderbehandlung nur auf dem Bereich der Schuldenhaftung auswirken sollte. Die Abschirmung eines Vermögenskreises vor dem Vollstreckungszugriff bestimmter Gläubiger ist eine solch einschneidende Ausnahmeregelung, daß es trotz ungebundener Verfügungsmacht des Rechtsträgers gerechtfertigt ist, auch hier von einem SV zu reden².

Negativ ist für den Begriff des SV erforderlich, daß es nicht von dem Vermögenseigner losgetrennt und als Zweckvermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit verselbständigt wird³. Wenn gelegentlich von einer gewissen Selbständigkeit des SV gegenüber dem allgemeinen Vermögen einer Person gesprochen wird⁴, so ist damit meist keine Selbständigkeit im Sinne von Rechtssubjektivität gemeint⁵, sondern eine Trennung vom allgemeinen Vermögen auf verfügungsrechtlicher und haftungsmäßiger Ebene. Nicht zutreffend ist es nach dem bisher Gesagten, das einheitliche Gesamtvermögen einer juristischen Person als SV zu bezeichnen, mag diese auch auf den Stand einer Einmanngesellschaft herabgesunken sein⁶. Die juristische Person selbst ist Träger aller ihr zugeordneten Vermögensrechte, die einen vom Vermögen der Ge-

1 a. a. O., S. 39, 45; vor allem S. 48 unten.

2 Vgl. unten unter § 2, 2c; auch Larenz I, S. 16, spricht im Falle einer beschränkten Haftung von der Bildung eines Sondervermögens.

3 Zitelmann, a. a. O., S. 257.

4 Vgl. z. B. Diss. Fischer, S. 4; Diss. Hausladen, S. 20.

5 Vgl. dazu unten S. 42 ff.

6 So aber Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 24, für die Einmann-AG oder GmbH.

sellschafter völlig selbständigen Vermögenskreis bilden¹. Das ihr zugeordnete Vermögen ist nicht Ausschnitt aus einem Gesamtvermögensbereich. Es ist ihr allgemeines Vermögen und kann mithin kein SV sein.

Trotz der nur cursorisch aufgezeigten Schwierigkeiten, die naturgemäß einer präziseren Begriffsbestimmung entgegenstehen, lassen sich die SV untereinander nach gemeinsamen Gesichtspunkten klassifizieren, die, wie sich herausstellen wird, auch bei Klärung ihrer Rechtsbeziehungen untereinander ins Gewicht fallen. Je nach der verschiedenen Eigenart des Sondervermögenszwecks läßt sich eine gewisse Stufenfolge von Sicherungsmitteln unterscheiden, die einmal in einer verschiedenen Ausgestaltung der Rechtsträgerschaft, zum andern in einer Abstufung der Verfügungsbeschränkungen bestehen.

Im folgenden sollen einige der bekanntesten Sondervermögen des Privatrechts unter diesen Gesichtspunkten zusammengestellt werden. Der anschließende Vergleich mit den SV des KAGG wird dann zeigen, ob und inwieweit die bisher bekannte Sondervermögenssystematik eine Bereicherung erfahren hat.

§ 2 Die Einteilungskriterien der Sondervermögen im Privatrecht

1. Gemeinsame gesamthänderische Rechtsträgerschaft - gemeinsame Verfügungsmacht

Das für ein SV begriffsnotwendige Merkmal der besonderen Zweckbestimmung ist bei den Vermögensmassen der personenrechtlichen Gesamthandsgemeinschaften, die entweder durch Vertrag gebildet worden sind wie die Gütergemeinschaft, die BGB-Gesellschaft, die OHG, die KG, oder auf Gesetz oder Verfügung von Todes wegen beruhen wie die Miterbengemeinschaft, darin zu sehen, daß sie einer wie auch immer gearteten gemeinsamen Zweckerreichung der Gesamthänder gewidmet sind. Nach heute ganz herrschender

1 Auch Boegl, S. 18, trennt die SV von den selbständigen Vermögenskreisen der juristischen Personen.

Meinung¹ ist das Gesamthandsvermögen ein von den mehreren Privat- oder Einzelvermögen der Gesamthänder getrenntes SV, da die Gesamthandsgemeinschaft nicht als eine von den Beteiligten verschiedene juristische Person angesehen werden kann².

Träger der Gesamthandsgegenstände sind vielmehr nach der h. L. der ungeteilten Gesamthandsberechtigung³ alle Gesamthänder gemeinsam in ihrer Gebundenheit an den Gesamthandszweck. Aus dem Prinzip der gemeinsamen ungeteilten Rechtszuständigkeit ergibt sich die Besonderheit der rechtlichen Behandlung gegenüber dem Einzelvermögen der Gesamthänder. Gehören ihnen nämlich alle Gesamthandsrechte zusammen, ist also jeder einzelne in seiner Zuständigkeit schon durch die Zuständigkeiten der anderen beschränkt, so folgt daraus notwendigerweise, daß auch nur alle gemeinsam über das ungeteilte Recht verfügen können, §§ 719 I, 1419 I, 2033 II, 2040 I BGB. Allein "schon diese Gemeinschaftlichkeit der Verfügung über den einzelnen Gegenstand, die vom Ausschluß der Verfügung über einen irgendwie gearteten eigenen verfügbaren Anteil des einzelnen begleitet ist, schafft ein SV"⁴. Selbst wenn ein Gesamthänder als Stellvertreter oder Ermächtigter allein verfügt, so ist doch damit das Gesamthandsprinzip noch nicht aufgehoben, da Stellvertretung und Ermächtigung nur repräsentative Wirkung für die Gesamthand haben⁵.

Aus der Verselbständigung des Gesamthandsvermögens gegenüber dem Eigenvermögen jedes Gesamthänders folgt, daß dieser als

1 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht" § 36 I, S. 214; Enneccerus-Lehmann, § 89 II; Hueck, "Gesellschaftsrecht", S. 18; Larenz II, S. 300; Staudinger-Kessler, Vorbem. vor § 705 Anm. 42a.

2 Das war vor allem für die OHG bestritten, vgl. Hueck: a. a. O., S. 55 m. w. N.

3 Vgl. Staudinger-Kessler, Vorbem. vor § 705, Anm. 42-45.

4 So wörtlich Bartholomeyczik, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 173. Auf weitere Einzelercheinungen kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

5 Vgl. Bartholomeyczik, ebenda.

eine "gespaltene Rechtsperson" eine Doppelstellung innehat. Auf der einen Seite ist er für sich allein Träger des Eigenvermögens, auf der anderen Seite zusammen mit den übrigen Gesamthändern Mitträger des gesamthänderisch gebundenen SV¹.

Als einzige leugnen wohl nur v. Tuhr² und im Anschluß an ihn Hunn³ die Sondervermögensnatur der Gesamthandsvermögen, ohne ihnen gleichzeitig Rechtssubjektivität verleihen zu wollen. Sie vertreten den Standpunkt⁴, daß die juristische Eigentümlichkeit des SV nur in den Fällen besteht, in denen trotz Identität des Vermögenssubjektes das SV einen selbständigen Rechtskreis gegenüber dessen Eigenvermögen bildet, während sich die Selbständigkeit des Gesamthandsvermögens gegenüber dem Eigenvermögen schon ohne weiteres aus der Verschiedenheit der Vermögensträger ergebe.

Die Ausklammerung der Gesamthandsvermögen aus dem Bereich der SV ist zu Recht als systemwidrig abgelehnt worden⁵. Richtig ist, daß sie vielmehr einen besonderen Typus innerhalb des Sondervermögenskatalogs darstellen. Anerkennt man als essentiellen Bestandteil des Sondervermögensbegriffs die rechtliche Sonderregelung gegenüber dem sonstigen freien Vermögen eines Subjekts, so ist es willkürlich, die Zugehörigkeit der Gesamthandsvermögen zu den SV an dem lediglich formalen Kriterium der Einheitlichkeit des Rechtsträgers von SV und allgemeinem Vermögen scheitern zu lassen.

2. Einheitliche Rechtsträgerschaft

Im Gegensatz zu dem gesamthänderischen SV steht das SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft. Ist jenes als ein gesonderter

-
- 1 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", 6. Aufl., § 38 I, S. 223; abschwächend aber in der 7. Aufl. Vgl. unten S. 49 Fußnote 1.
 - 2 a. a. O., I, S. 348.
 - 3 a. a. O., S. 9.
 - 4 Vgl. v. Tuhr, ebenda; Diss. Hunn, S. 10.
 - 5 Vgl. Boegl, S. 86 ff.; Enneccerus-Nipperdey I, § 132, Fußnote 2.

Rechtskreis mehreren Subjekten zugeordnet, so daß eine alleinige Rechtsträgerschaft nur hinsichtlich deren Einzelvermögen besteht, so befindet sich bei diesem nicht nur das Eigen-, sondern auch das Sondervermögen in der Rechtszuständigkeit eines einzigen Rechtsträgers, des Vermögenseigners¹. Die Selbständigkeit des SV tritt hier wegen der einheitlichen Rechtsträgerschaft nicht in dem Maße in Erscheinung wie bei den Gesamthandsvermögen.

a) Getrennte Verfügungsmacht

Dennoch wird in gewissen Fällen einheitlicher Rechtsträgerschaft die Eigenständigkeit des SV gegenüber dem allgemeinen Vermögen dann besonders augenscheinlich, wenn infolge einer absolut wirkenden Vermögenssonderung (separatio bonorum) das Verwaltungs-, Verfügungs- und auch das Besitzrecht bezüglich der Sondervermögensmassen² auf dritte Personen, sog. Sondervermögensverwalter übergeht, die diese Rechte unter Ausschluß der Herrschaftsmacht des Zuordnungssubjekts geltend machen.

Ohne auf die durch die verschiedenen rechtspolitischen Zwecke bedingten Einzelheiten eingehen zu können, läßt sich dieses rechtstechnische Sonderungsmittel im Prinzip bei folgenden Vermögensmassen nachweisen: Bei der Konkursmasse, § 6 KO; dem Nachlaß des Alleinerben unter einem Nachlaß- oder Nachlaßkonkursverwalter, §§ 1984 I 1, 1985 BGB; einem verwaltenden Testamentsvollstrecker, §§ 2205, 2211 BGB, sowie beim Nachlaß, der der Verwaltung des Alleinvorerben entzogen ist, § 2129 BGB.

Die Sondervermögenseigenschaft der abgesonderten Vermögens-

1 Boegl, S. 50, 81, spricht hier von Einzelkreisen im Gegensatz zu den Gemeinschaftskreisen.

2 Zwar ist auch bei diesen SV die haftungsmäßige Sonderbehandlung wesentliches Element. Sie kann aber bei einer nur typenmäßigen Eingruppierung der SV anhand der hier gewählten Kriterien weitgehend außer Betracht bleiben. Vgl. aber unten 2 c.

kreise ist hierbei unbestritten¹. Durch eine völlige Entziehung der Verfügungsmacht des Rechtsträgers unter gleichzeitiger Übertragung auf einen neutralen Verwalter bedient sich der Gesetzgeber des stärksten Mittels, um die Verwirklichung der mit den Interessen und Zielen des Vermögensseigners sich nicht deckenden Sondervermögenszwecke sicherzustellen.

b) Beschränkte Verfügungsmacht

Nicht in demselben Maße einschneidend wirkt der Eingriff des Gesetzgebers dann, wenn er die Verfügungsmacht, statt sie vom Vermögensträger völlig zu trennen, lediglich partiell zweckgerichtet mit dinglicher Wirkung beschränkt. Das SV steht dann unter der beschränkten Verfügungsmacht seines eigenen Rechtsträgers. Beispielhaft dafür ist der Nachlaß unter einem nicht befreiten Alleinvorerben. Maßgeblich für die hier erfolgte Ausgestaltung war die doppelte Zielsetzung, der Vor- und Nacherbschaft zu dienen haben. Einmal soll der Vorerbe wirklicher Erbe sein, was voraussetzt, daß man ihm nicht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nehmen kann, andererseits muß aber dafür gesorgt werden, daß dem Nacherben beim Nacherbfall der ungeschmälernte Bestand des Nachlasses zufällt². Aus diesem Grund behält der Vorerbe als Rechtsträger seine Verfügungsmacht, die aber im Interesse des Nacherben für den Fall schwerwiegender, den Nachlaßbestand wesentlich verändernder Geschäfte, Einschränkungen erfährt, §§ 2112-2114 BGB. Zu den Verfügungen rechnet das Gesetz auch Zwangsvollstreckungen persönlicher Gläubiger in den Nachlaß, die alle insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen, § 2115 I 1 BGB.

1 Vgl. z. B. für die Konkursmasse; Jaeger-Lent, § 1, Anm. 50; für den Nachlaß in den genannten Fällen; Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 54 A II, S. 352; § 42 I 3 b, S. 259; Staudinger-Boehmer, § 1922, Anm. 141 ff. Dafür, daß der Nachlaß bei Testamentvollstreckung, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs ein SV ist, vgl. auch BGH in MDR 1967, 989 f.

2 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 41 VI 1., S. 249.

Wegen dieser verfügungs- und haftungsrechtlichen Sonderbehandlung ist die Vorerbschaft ein vom sonstigen Vermögen getrenntes SV im Zuständigkeitsbereich des Vorerben¹, obwohl die Unwirksamkeit als Rechtsfolge verbotswidrig vorgenommener Verfügungen erst im Zeitpunkt der Nacherbfolge eintritt. Die Sondervermögens-eigenschaft der Vorerbschaft wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß das Gesetz für den Bereich der Aufrechnungstatbestände eine Norm vermissen läßt, die in Parallele zu § 1977 II BGB die rechtsvernichtende Wirkung einer von einem Eigengläubiger gegen eine Nachlaßforderung erklärten Aufrechnung ungeschehen macht, falls der Nacherbfall eintritt².

Trotzdem kam das Reichsgericht im 80. Band zu dem Ergebnis, daß der Schuldner einer zur Vorerbschaft gehörenden Forderung nicht mit einer Forderung aufrechnen kann, die ihm nur gegen den Vorerben persönlich zusteht³. Es hat sich zwar zu Begründung seiner Entscheidung nicht des Sondervermögensbegriffes bedient, hat aber zutreffend berücksichtigt, daß sich der Eigengläubiger des Vorerben im Falle einer zulässigen Aufrechnung aus einem Vermögensgegenstand befriedigen würde, der im Interesse des Nacherben nicht der Haftung für seine Forderung gewidmet ist.

c) Unbeschränkte Verfügungsmacht

Am schwächsten schließlich ist die Absonderung eines Vermögenskreises aus dem Gesamtvermögen dort ausgeprägt, wo der Rechts-

1 Vgl. Lange, § 26 III 1, S. 233; die Vorerbschaft ist SV: BGB-RGRK-Johannsen, § 2099 Anm. 8; Bartholomeyczik-Lange "Erbeinsetzung", S. 52 f.; Enneccerus-Nipperdey I, § 132 II 1, S. 846; Palandt-Keidel § 2111, Anm. 5; Staudinger-Boehmer, § 1922, Anm. 138; vor allem KGJ 40 Abt. A Nr. 38, 184; Planck-Flad, Vorbem. vor § 2100, Anm. 4a.

2 Insoweit ist die Vorerbschaft nach Bartholomeyczik nicht schlechthin SV. Vgl. "Erbrecht", § 41 VI 4, S. 253.

3 Vgl. RGZ 80, 30 ff. (36); seitdem h. M.: BGB-RGRK-Johannsen, § 2115 Anm. 4; Palandt-Keidel, § 2115 Anm. 1; Staudinger-Seybold, § 2115 Anm. 6.

träger keinerlei dinglichen Verfügungsbeschränkungen unterworfen ist. Es muß aber gemäß der zu Anfang gegebenen Definition dann zumindest eine rechtliche Sonderbehandlung auf haftungsmäßiger Ebene bestehen, damit noch von einem SV gesprochen werden kann.

So unterliegt z. B. der vorläufige Erbe zwischen Erbfall einerseits und Annahme oder Ausschlagung andererseits bezüglich der ihm zugeordneten Erbschaft keinerlei Verfügungsbeschränkungen. Dennoch ist der Nachlaß nach h. M. während dieses Schwebezustandes ein vom Eigenvermögen des vorläufigen Erben zu unterscheidendes SV, bis entweder die vorläufige Zuordnung mit rückwirkender Kraft aufgehoben oder die endgültige Verschmelzung zwischen Nachlaß und Eigenvermögen vollzogen wird¹.

Die Sondervermögensnatur der vorläufigen Erbschaft beruht ausschließlich auf einer haftungsmäßigen Trennung vom Eigenvermögen, die sich darin zeigt, daß die Eigengläubiger nicht den Nachlaß, die Nachlaßgläubiger nicht das Eigenvermögen² und das Vermögen des Erblassers nur dann zur Befriedigung heranziehen können, falls die Zwangsvollstreckung bereits vor dem Erbfall gegen den Erblasser begonnen hatte³, § 778 II, I ZPO. Hatte die Zwangsvollstreckung vor dem Erbfall noch nicht begonnen, so wird der Erbe durch § 1958 BGB während seiner Überlegungs- und Entscheidungsfrist vor jeder Prozeßbehelligung durch Nachlaßgläubiger geschützt.

Diese haftungsmäßige Sonderbehandlung läßt die vorläufige Erbschaft trotz ungebundener Verfügungsmacht als ein vom Eigenvermögen des Erben getrenntes SV erscheinen.

1 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 31 I, 1, S. 173; ders. in Erman, § 1942, Anm. 3; die vorläufige Erbschaft ist SV: Lange, § 50 II a; v. Tuhr I, S. 333 a. E. m. w. N.; Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. 132; dagegen; Boegl, S. 115.

2 "Doppelseitige Vollstreckungssperre", vgl. Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. 142.

3 Erman-Bartholomeyczik, § 1958, Anm. 1 e.

Außerhalb des BGB gehört in diese Kategorie ferner noch das Schiffsvermögen, bestehend aus dem eigentlichen Schiff, Schiffszubehör und Fracht, §§ 755, 756 HGB. Auch das Schiffsvermögen wird im Gegensatz zu dem sonstigen Vermögen des Reeders, seinem Landvermögen, als ein SV bezeichnet.¹

Für seine Schulden haftet der Reeder regelmäßig wie jedermann mit seinem ganzen Vermögen. Das Gesetz nennt dies die persönliche Haftung, § 486 HGB. In einigen praktisch häufigen und bedeutsamen Fällen² ist die Zugriffsmöglichkeit von Gläubigern des Reeders aber ausschließlich beschränkt auf das Schiffsvermögen. In dieser besonderen Schuldenhaftung erschöpft sich das eigene rechtliche Schicksal des Schiffsvermögens als einem SV³, ohne daß die Verfügungsmacht des Reeders bezüglich des Schiffsvermögens in irgendeiner Weise rechtlich beschränkt wäre. Nicht zutreffend ist deshalb in diesem Zusammenhang die Auffassung Boegls⁴ von der Stellung des Schiffskapitäns (Schiffer § 511 HGB), nach der dieser unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere auf der Schiffsreise, als besonderer gesetzlicher "Verwalter des Schiffsvermögens" anzusehen sei.

Der Schiffer hat eindeutig keine den übrigen Sondervermögensverwaltern entsprechende eigenrechtliche Machtstellung mit einer die Verfügungsbefugnis des Reeders verdrängenden Rechtsmacht, sondern er ist lediglich dessen Vertreter mit einer gesetzlich erteilten Vertretungsmacht, die vom Reeder eingeschränkt, ja sogar beseitigt werden kann⁵. Aus der Tatsache, daß der Schiffer in drin-

1 Vgl. Enneccerus-Nipperdey I, § 132 I 2; RGZ 58, 190 ff. (193); Schaps-Abraham, § 486, Anm. 7; v. Tuhr, a. a. O., S. 331, Fußnote 2; Wüstendörfer "Seehandelsrecht", S. 126.

2 Vgl. z. B. §§ 486, 726, 753 HGB.

3 Vgl. Schaps-Abraham, § 486 Anm. 7 a. E.

4 a. a. O., S. 64.

5 Schaps-Abraham, § 510, 3. Abschnitt, Vorbem., Anm. 4, 1b, S. 140; Wüstendörfer, "Seehandelsrecht", S. 205.

genden Fällen die Befugnis hat, das ganze Schiff zu veräußern, § 530 HGB, läßt sich nichts für eine Verfügungsbeschränkung des Reeders ableiten¹. Die gesetzliche Vertretungsmacht des Kapitäns umfaßt auch diese Veräußerungen, läßt aber die Verfügungsmacht des Reeders selbst unangetastet. Auch das Schiffsvermögen ist deshalb ein SV unter derselben unbeschränkten Verfügungsmacht des Rechtsträgers.

Nach diesem Überblick über die Einteilungskriterien der SV, der einmal alle gesamthänderisch gebundenen Vermögensmassen, zum anderen die SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft, angefangen von den Fällen getrennter Verfügungsmacht bis hin zur unbeschränkten Verfügungsmacht des Rechtsträgers umfaßt, können nun Standort und Erscheinungsformen der SV nach dem KAGG untersucht werden.

§ 3 Die Sondervermögen nach dem Gesetz über Kapitalanlage- gesellschaften

Das Gesetz stellt in den §§ 6 I Satz 2, 14 III b zwei Möglichkeiten zur Wahl, nach denen die Zuordnung der zu einem SV gehörenden Gegenstände geregelt sein kann. Entweder stehen sie "im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft oder im Miteigentum der Anteilinhaber". Aus dieser vom Gesetzgeber gebrauchten Formulierung folgt, daß es zumindest mißverständlich ist, wenn gelegentlich von dem SV als dem "dritten Rechtsträger" neben KAG und Depotbank gesprochen wird², denn das SV ist danach nicht selbst Rechtssubjekt, sondern es ist als eine Summe von Rechtsobjekten entweder den Anteilinhabern (Miteigentumslösung) oder der KAG (Treuhandlösung) zugeordnet.

1 So aber anscheinend Boegl, S. 65; ausdrücklich auf S. 123 f.

2 So Geßler in WM 1957, Sonderbeilage Nr. 4, 11; Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 11; Diss. Schäcker, S. 37. Sowohl bei vom Berge und Herrendorff als bei Schäcker erfolgt eine Richtigstellung auf S. 12 bzw. S. 37.

1. Die Sondervermögen nach der Miteigentumslösung

a) Gemeinsame bruchteilsmäßige Rechtsträgerschaft

Bei der sog. "Miteigentumslösung" - diese allgemein gebräuchliche Ausdrucksweise leitet sich aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst ab¹ - stehen die Sondervermögensrechte nicht einem einzigen Rechtsträger zu; Zuordnungssubjekte sind vielmehr alle Anteilinhaber gemeinsam. Bei der gemeinsamen Berechtigung handelt es sich aber nicht um eine gesamthänderische Zuständigkeit², da hier bezüglich der zum SV gehörenden Sachen (Wertpapiere) Bruchteilseigentum gemäß §§ 1008 ff. BGB³, bezüglich der Forderungen eine Gläubigergemeinschaft nach Bruchteilen besteht. Die Anteilinhaber bilden selbst dann eine solche Gläubigergemeinschaft, wenn die schuldrechtlichen Ansprüche auf eine teilbare Leistung gerichtet sind. Zwar wird in diesen Fällen regelmäßig die gemeinsame Forderung gemäß der Auslegungsvorschrift des § 420 BGB derart auf die Rechtsträger aufgeteilt, daß von einer Bruchteilsgemeinschaft, die ja die Mitberechtigung an einem gemeinsamen Gegenstand voraussetzt, nicht mehr gesprochen werden kann⁴.

Das schließt aber nach h. L. nicht aus⁵, daß im Einzelfall auch an einer solchen Forderung eine Gläubigergemeinschaft nach Bruchteilen bestehen kann, namentlich dann, wenn die Verwendung der Leistung im Interesse aller Gläubiger erfolgen soll. Gerade den Investmentsparern kommt es darauf an, daß das SV für ihre gemeinschaftliche Rechnung aufgelegt und verwaltet wird. Aus diesem

1 Als einziger gebraucht Ebner v. Eschenbach, Diss., S. 20, den abweichenden Begriff "Treumachtlösung".

2 Diese Ansicht vertritt auch nach Erlass des KAGG immer noch Schrempf, Ratgeber, S. 155.

3 Vgl. für alle: Siebert-Schultze v. Lasaulx, § 741 Anm. 7.

4 Vgl. dazu BGB-RGRK-Fischer § 741 Anm. 8 und 1.

5 Vgl. Palandt-Darckelmann, Überblick vor § 420 Anm. 4a; Larenz, I, S. 375; Enneccerus-Lehmann, § 183 III.

Grunde wird auch im Schrifttum zum KAGG¹ allgemein anerkannt, daß die Sondervermögensforderungen als einheitliche Forderungen den Anteilhabern "nach Bruchteilen" gemeinsam zustehen (§ 741 BGB).

Aus dieser Regelung der dinglichen Seite folgt, daß das obligatorische Verhältnis der Anteilhaber untereinander grundsätzlich nach den Vorschriften der §§ 741 ff. BGB zu behandeln ist. Das SV kann zwar als eine Rechtsgesamtheit², d. h. als eine wirtschaftlich sinnvolle Einheit von Vermögensgegenständen angesehen werden, an der Gesamtheit als solcher können die dinglichen Beteiligungen der Anteilhaber aber nicht existieren³. Vielmehr besteht Bruchteilseigentum bzw. eine Gläubigergemeinschaft nach Bruchteilen an jedem einzelnen Sondervermögensgegenstand. Die Anteilhaber bilden in Wirklichkeit nicht nur eine, sondern eine Summe von Bruchteilsgemeinschaften, von denen je eine an je einem Sondervermögensgegenstand besteht.

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob der Investmentfonds nach der Miteigentumslösung allein schon wegen der gemeinschaftlichen Rechtsträgerschaft ein vom Einzelvermögen der Anteilhaber getrenntes SV darstellt, oder ob es einer besonderen positiv-rechtlichen Regelung bedurfte, um die Sondervermögens-eigenschaft herzustellen.

Grundsätzlich bildet das Vermögen einer Bruchteilsgemeinschaft im Gegensatz zum Gesamthandsvermögen kein vom sonstigen Vermögen der Teilhaber zu unterscheidendes SV. Darin wird sogar der Hauptunterschied der schlichten Rechtsgemeinschaft zu der

1 Vgl. Dürre-Full, § 6 Anm. 1 und Diss. vom Berge und Herendorff, S. 43, die aber unzutreffend § 420 BGB zitieren; ferner Barocka, S. 60; Diss. Baum, S. 101; Diss. Klenk, S. 8 f.; Diss. Schäcker, S. 128, v. Caemmerer, JZ 1958, 46 Fußnote 44.

2 Der von Reuter, Diss. S. 115, gebrauchte Begriff "Sachgesamtheit" ist zu eng, da das SV auch Forderungen umfaßt. Vgl. dazu Staudinger-Coing, Vorbem. 11 vor § 90.

3 Vgl. Erman-Böhle-Stamschränder, § 90 Anm. 10 b.

Gesellschaft erblickt¹. Zwar liegt in beiden Fällen eine gemeinsame Zuständigkeit mehrerer Rechtsträger bezüglich der Vermögensrechte vor. Sie ist aber bei der Gemeinschaft wesentlich anders geartet als bei der Gesamthand. Hier herrscht nach der Lehre der ungeteilten Gesamthandsberechtigung eine ungeteilte Gesamtzuständigkeit aller ohne eine bestimmte Quotenteilung², wodurch die alleinige Verfügung eines einzelnen nicht nur über den gesamten Gegenstand, sondern auch über einen irgendwie gearteten Anteil ausgeschlossen wird. Aus dieser Tatsache schon folgt die Sondervermögensnatur des Gesamthandsvermögens³. Dort jedoch ist die gemeinsame Rechtszuständigkeit der Teilhaber derart zu denken, daß jedem von ihnen ein rein quantitativ bestimmbares, ideell geteiltes Anteilsrecht am ganzen Recht zusteht. Dieser Anteil des einzelnen Teilhabers ist für ihn ein selbständiges und freies Vermögensobjekt innerhalb eines Gesamtvermögens⁴, über das er und seine Gläubiger frei verfügen können, § 747 Satz 1 BGB.

Folglich schafft allein schon die bruchteilsmäßige Rechtsträgerschaft im Gegensatz zu dem Gesamthandsprinzip noch kein vom übrigen Vermögen des Rechtsträgers zu unterscheidendes SV. Es ist daher zu prüfen, ob und durch welche rechtliche Sonderbehandlung der Gesetzgeber des KAGG den Investmentfonds gemäß der zu Anfang gegebenen Definition als SV im Unterschied zu dem sonstigen Vermögen der Anteilinhaber gekennzeichnet hat.

b) Getrennte Verfügungsmacht

Die rechtliche Sonderbehandlung auf verfassungsrechtlicher Seite erstreckt sich sowohl auf die Verfügung über den Bruchteil als auch auf die Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand.

1 Vgl. Erman-Schulze-Wenk, § 705 Anm. 9; Esser, § 1792 S. 741; Larenz II, S. 313; Palandt-Gramm, § 747 Anm. 1.

2 Vgl. Staudinger-Kießler, § 705 Vorbem. 43 c; § 719 Anm. 9.

3 Vgl. oben S. 9.

4 Vgl. Palandt-Gramm, § 747 Anm. 1; Staudinger-Vogel, § 747, Anm. 1

§ 17 III Satz 1, Satz 2, 1. Halbsatz i. V. mit Satz 3 verknüpft das dingliche Bruchteilsrecht derart unlösbar mit dem als Inhaber- oder Orderpapier ausgestatteten Anteilschein (§ 17 I 2), daß über den Anteil an den zu dem SV gehörenden Gegenständen nur im Wege der Verfügung über den Anteilschein selbst verfügt werden kann. Der dingliche Anteil jedes Investmentsparers unterliegt nicht mehr seiner freien unmittelbaren Verfügungsgewalt nach den allgemeinen Regeln. Vielmehr schreibt der Gesetzgeber zwingend vor, daß rechtsgeschäftlich über die Bruchteilsquote nur noch mittelbar im Wege der rechtsgeschäftlichen Verfügung über den Anteilschein verfügt werden kann¹. Eine unmittelbare Verfügung über den Anteil allein, ohne eine gleichzeitige Übertragung des Anteilscheins, wäre nach § 134 BGB nichtig. (§ 17 III Satz 3: In anderer Weise kann ... nicht verfügt werden.)

Obwohl das Gesetz in § 17 III ausdrücklich nur von dem besonderen Weg der Verfügung über den Anteil an den zu einem SV gehörenden Gegenständen spricht, ist damit auch eine unmittelbare gemeinschaftliche Verfügung aller Anteilinhaber über Sondervermögensgegenstände im ganzen, entgegen § 747 Satz 2, ausgeschlossen. Eine derartige, wegen der großen Zahl der Anteilinhaber praktisch ohnehin kaum zu verwirklichende Verfügung² wäre deshalb rechtlich unzulässig, weil eine gemeinschaftliche Verfügung der Anteilinhaber über einen Gesamtgegenstand eine Verfügung eines jeden Teilhabers über seinen Anteil darstellen würde³, zu der er nach der oben genannten Vorschrift nicht berechtigt ist.

Weiterhin ist den Anteilinhabern durch § 10 I 1. Halbs. das Recht genommen, Aufhebung der Gemeinschaft zwecks Auseinandersetzung zu verlangen. Dies gilt auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entgegen § 749 III⁴.

1 Vgl. auch Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 63; ebenso Diss. Klenk, S. 59 f.

2 Zutreffend von Caemmerer, JZ 58, 46, Fußnote 41.

3 Vgl. Palandt-Gramm, § 747 Anm. 3; ebenso Ebner v. Eschenbach, Diss., S. 64.

4 Vgl. Siara-Tormann, § 10 Anm. 1; dafür haben sie das Rückgaberecht nach § 10 II, s. unten S. 31.

Von der umfassenden Verfügungsmacht der Rechtsträger des SV bleibt also lediglich die Befugnis, im Wege der Verfügung über ihre Anteilscheine mittelbar auch über ihren dinglichen Anteil an den Sondervermögensgegenständen zu verfügen. Insofern ist es berechtigt, von einer Trennung der Verfügungsmacht von den Rechtsträgern zu sprechen¹.

c) Sonderbehandlung der Schuldenhaftung

Auch die Schuldenhaftung der Anteilinhaber als Rechtsträger des SV unterliegt im Interesse des Sondervermögenszwecks einer besonderen rechtlichen Behandlung. Will ein Einzelgläubiger eines Anteilinhabers die Zwangsvollstreckung in dessen Miteigentumsanteil nach Vorschrift der §§ 857, 828 ff. ZPO betreiben², so ist ihm dieser praktisch ohnehin kaum zu verwirklichende Weg durch § 17 III Satz 2, 2. Halbs. i. V. mit Satz 3 versperrt. So wie der Investmentsparer nur noch mittelbar über seinen Anteil im Wege der Verfügung über seinen Anteilschein verfügen kann, so kann ein Gläubiger nur noch mittelbar über die Pfändung des Investmentzertifikats ein Pfandrecht an der Bruchteilsquote begründen³. Erst mit vollendeter Pfändung des Anteilscheins nach § 808 ZPO⁴ erwirbt der Gläubiger kraft Gesetzes auch ein Pfändungspfandrecht am Miteigentumsanteil. Obwohl ein Gläubiger auf diesem Weg die Pfändung des Bruchteiles bewirken kann, so vermag doch weder er, entgegen § 751 Satz 2 BGB, noch der Konkursverwalter im Konkurs des Anteilinhabers, entgegen § 16 II KO, Aufhebung der

-
- 1 Bestimmen die §§ 1984 I, 2129 I, 2211 I BGB, 6 I KO bei den anderen SV mit getrennter Verfügungsmacht einen völligen Verlust des Verfügungsrechts, so modifiziert § 17 III die Art und Weise der Verfügung über Anteile an den Sondervermögensgegenständen.
 - 2 So der übliche Weg zur Pfändung eines Miteigentumsanteils, vgl. Palandt-Gramm, § 747, Anm. 2 a. E.
 - 3 Vgl. auch Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 68.
 - 4 Vgl. Berner in Rpfleger 1960, 34 ff.; Schuler in NJW 1957, 1052; ebenso Klenk, Diss. S. 86; a. M. Ebner v. Eschenbach, ebenda, der auf die Pfändung von Orderanteilscheinen § 831 ZPO anwenden will.

Gemeinschaft zwecks Auseinandersetzung zu verlangen, § 10 I, 2. Halbs.

Gläubiger, denen alle Anteilinhaber als Rechtsträger gemeinsam verpflichtet wären, und die deshalb auf Grund eines Titels gegen alle Anteilinhaber, analog § 736 ZPO, in das SV vollstrecken könnten, gibt es nicht. Das beruht darauf, daß ein einzelner Anteilinhaber keine Vertretungsmacht für und gegen die Gemeinschaft hat und daß auch die KAG im Rahmen ihrer Sondervermögensverwaltung rechtlich nicht in der Lage ist, die Gemeinschaft der Anteilinhaber rechtsgeschäftlich zu verpflichten¹.

- d) Die Rechtsstellung der Kapitalanlagegesellschaft als Sondervermögensverwalter bei getrennter Verfügungsmacht

Da bei der Miteigentumslösung den Rechtsträgern die Verfügungsmacht entzogen ist², stellt sich die Frage, ob die KAG eine den übrigen Sondervermögensverwaltern vergleichbare Rechtsstellung innehat.

In den oben angeführten Fällen getrennter Verfügungsmacht³ erfolgt die Vermögenssonderung durch eine völlige Entziehung des Besitzes und der Verwaltung, einschließlich des Verfügungs- und Prozeßführungsrechts unter gleichzeitiger Übertragung all dieser Funktionen auf den Verwalter. Dessen eigenrechtliche Treumachtstellung zur Verwaltung fremden Vermögens im eigenen Namen läßt sich nach der herrschenden Amtstheorie auf der Grundlage einer alle Rechtshandlungen umfassenden Ermächtigung in Form einer gesetzlich erteilten Verfügungs-, Verpflichtungs-, Erwerbs- und Prozeßführungsermächtigung befriedigend erklären⁴. Wenn v. Dietel⁵ aus-

1 S. unten S. 23.

2 S. oben S. 20 f.

3 S. oben S. 11.

4 Vgl. für Testamentvollstrecker und Nachlaßverwalter Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 42 I 3 b, S. 259; § 54 A 1. Abschnitt III 3, S. 357; ferner Dölle, in: Festschrift Fritz Schulz II, S. 276 ff.; Ludewig, S. 38, Fußnote 1; v. Spreckelsen, S. 37 ff.; 80 ff.; allgemein zur Ermächtigung als Grundlage eines Treuhandverhältnisses, vgl. Siebert, S. 294 ff.

5 Vgl. Diss., S. 30.

führt, daß sich auch bei der Miteigentumslösung die Machtstellung der KAG aus der Zusammenfassung all dieser Einzelermächtigungen ergebe, so ist dem nicht in allen Punkten zuzustimmen.

Richtig ist lediglich, daß der KAG durch Gesetz in § 8 I eine treuhänderische (vgl. § 9 I) Verfügungs- und Prozeßführungsermächtigung zuerkannt wird¹, um im eigenen Namen alle diesbezüglichen Handlungen den Anteilhabern gegenüber rechtswirksam vornehmen zu können.

Eine Verpflichtungsermächtigung, d. h. die Befugnis, die Anteilhaber durch rechtsgeschäftliches Handeln im eigenen Namen persönlich zu verpflichten, ist damit nicht verknüpft². Das ergibt sich mittelbar aus der Bestimmung des § 9 II Satz 1, 2. Halbs., sowie aus der Tatsache, daß es der KAG rechtlich ausdrücklich verwehrt wird, für die Anteilhaber durch Auftreten als offener Stellvertreter Schulden zu begründen, § 9 II Satz 2 und 3. Die KAG hat trotz ihres Verfügungsrechts keine Verpflichtungsmacht³.

Weiterhin wird man in Anbetracht der alle Erwerbsformen umfassenden, gesetzlich normierten Surrogation in § 6 II nicht sagen können, daß die von der KAG erworbenen Gegenstände auf Grund einer Erwerbsermächtigung in das SV, d. h. in die Zuständigkeit der Anteilhaber gelangen. Vielmehr fallen sie trotz Erwerbs der KAG in eigenem Namen unmittelbar, ohne Durchgangserwerb und unabhängig von ihrer Willensrichtung in das SV⁴. Insoweit vollzieht sich der Erwerb für das SV bei der Miteigentumslösung durch Surrogation mit Subjektswechsel im Gegensatz zu den übrigen SV mit getrennter Verfügungsmacht, die keine dingliche Ersetzung kennen.

-
- 1 § 8 I als Grundlage einer gesetzlichen Verfügungsermächtigung: Vgl. Dürre-Full, § 8 Anm. 1 S. 18; Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 60; insbesondere Diss. v. Pannwitz, S. 12 ff.; Diss. Schäcker, S. 59.
 - 2 Gegen eine Verpflichtungsermächtigung auch: Dürre-Full, § 8, Anm. 1, S. 18a.
 - 3 So auch v. Caemmerer, JZ 58, 46.
 - 4 Vgl. für den Fall des Erwerbs aus Mitteln des SV unten, S. 83.

Folglich hat die KAG als Sondervermögensverwalter bei der Mit-eigentumslösung die Stellung eines gesetzlich ermächtigten Treu-händers¹ (§§ 8 I, 9 I) ohne Verpflichtungsmacht (§ 9 II), dessen Erwerb von Sondervermögensgegenständen kraft dinglicher Surro-gation mit Subjektswechsel unmittelbar in das SV gelangt (§ 6 II).

Hingegen folgern manche aus § 8 I i. V. mit § 6 II, daß die Rechts-stellung der KAG auf der Grundlage einer besonderen und neuen Art der mittelbaren Stellvertretung erklärt werden müsse². Ihre Argumentation geht dahin, daß bei Erwerbshandlungen der KAG alle Merkmale der indirekten Stellvertretung - Handeln im eigenen Namen für Rechnung und im Interesse der Anteilinhaber - vorliegen. Das Neuartige sei aber, daß der Übergang der erworbenen Rechte auf die Anteilinhaber nicht wie sonst bei der mittelbaren Stellver-tretung ein besonderes Rechtsgeschäft im Innenverhältnis zwischen diesen und der KAG erfordere, da § 6 II eine Ausnahme schaffe³.

Die Klärung dieser unterschiedlichen Aussagen hängt von der Lö-sung des bereits mehrfach erörterten speziell treuhandrechtlichen Problems ab, inwieweit Treuhand und mittelbare Stellvertretung zusammenhängen⁴. Wäre der Treuhänder mit dem indirekten Stell-vertreter identisch, so wäre es berechtigt, die KAG sowohl als ermächtigten Treuhänder als auch als indirekten Stellvertreter zu bezeichnen.

Ohne im Rahmen der vorliegenden Arbeit die systematischen und dogmatischen Grundlagen des Treuhandrechts vertiefend darstellen zu können, ist bei der Lösung dieser Frage davon auszugehen, daß das Verhältnis von Stellvertretung und Treuhand zwei zu trennende

1 Vgl. auch die neueste, das heutige Treuhandrecht umfassende Darstellung von Liebich, Treuhand und Treuhänder im Wirt-schaftsrecht, S. 239 f.

2 So zuletzt noch Diss. Reuter, S. 106; Gericke in DB 1959, 1276; Siara-Tormann, § 8 Anm. 1, S. 40; Diss. Schäcker, S. 111; Walter, S. 18.

3 Vgl. insbesondere Siara-Tormann, ebenda.

4 Vgl. z. B. Liebich, S. 51 ff.; Siebert, S. 108 ff.; beide m. w. N.

Problemkreise berührt, das Rechtszuständigkeits- und das Treugutbegründungsproblem¹.

Hinter dem Rechtszuständigkeitsproblem verbirgt sich die Frage, mit welcher Rechtsmacht der Treuhänder zwecks eigenrechtlicher Ausübung der Rechte am Treugut ausgestattet ist², während sich das Treugutbegründungsproblem mit der weiteren Frage befaßt, durch welche Rechtshandlungen Gegenstände in den Machtbereich des Treuhänders kommen und zu Treugut werden³. Dabei soll in diesem Zusammenhang lediglich der Erwerb des Treuhänders von dritter Seite berücksichtigt werden, der sich auf das bereits begründete Treugut bezieht.

Unter dem Gesichtspunkt des Zuständigkeitsproblems, das durch § 8 I im Wege einer gesetzlichen übertragenen Ausübungsbefugnis gelöst worden ist, hat die KAG die Stellung eines ermächtigten Treuhänders erhalten⁴, wobei das Vollrecht (Eigentum, Gläubigerstellung) den Treugebern, d. h. den Anteilinhabern verbleibt. Die durch dieses Treuhandverhältnis geschaffene Rechtslage - Vollrecht bei den Anteilinhabern, Ermächtigung zur Verfügung bei der KAG - muß gemäß der organisatorischen Ausgestaltung bei der Miteigentumslösung auch bezüglich der jeweils neu erworbenen Sondervermögensgegenstände hergestellt werden.

Würde die zur Verfügung ermächtigte KAG bei weiterem Rechtserwerb für die Anteilinhaber als den Sondervermögensträgern und Treugebern im eigenen Namen auftreten, ohne daß der Rechtsübergang auf sie mittels einer dinglichen Surrogation stattfindet, so würde die KAG als mittelbarer Stellvertreter handeln. Nur unter dem Blickpunkt der Treugutbegründung kann der ermächtigte

1 Im Ausgangspunkt ebenso Liebich, S. 45, 52.

2 Vgl. Siebert, S. 20.

3 Vgl. Siebert, S. 26 ff.

4 Vgl. auch Liebich, S. 240, nach dem die KAG bei "Veräußerungen" als ermächtigter Treuhänder handelt.

Treuhänder insoweit als mittelbarer Stellvertreter betrachtet werden. Aber auch dann ist die mittelbare Stellvertretung nicht mit der Treuhänderschaft identisch¹, sondern sie ist allenfalls ein Weg zur Erzielung eines Ergebnisses, eines Zustandes, nämlich der treuhänderischen Machtstellung auf der Basis einer Ermächtigung². Kennzeichen der indirekten Stellvertretung ist es, daß sie keinerlei unmittelbare Erwerbswirkungen für den Geschäftsherren als Treugeber äußert. Es sei denn, es liegt der Ausnahmefall des "Geschäfts, wen es angeht", vor.³

Andernfalls bedarf es zur Weiterübertragung des Rechts von dem Treuhänder auf den Treugeber eines besonderen Rechtsgeschäfts im Innenverhältnis.

Gerade um dieses im Interesse der Treugeber unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, bestimmt § 6 II in Durchbrechung des sonst bestehenden Verbots des Surrogationsprinzips⁴, daß in jedem Falle eine unmittelbare Erwerbswirkung für die Anteilinhaber trotz rechtsgeschäftlichen Erwerbs der KAG in eigenem Namen eintritt. So gesehen ist die Surrogation mit Subjektswechsel für sich allein genommen ein von der indirekten Stellvertretung völlig verschiedener Weg einer Treugutsbegründung⁵, der dogmatisch von ihr scharf zu trennen ist. Es ist daher abzulehnen, in der Verquickung von indirekter Stellvertretung und Surrogation das besondere Merkmal eines mittelbaren Vertretungsverhältnisses zu erblicken⁶. Auch

1 Das wird allgemein, meist allerdings im Zusammenhang mit der fiduziarischen Treuhand verneint. Vgl. Enneccerus-Nipperdey II, § 179 IV 1; Erman-Böhle-Stamschräder, Vorbem. § 164 Anm. 2b; Lehmann/Hübner, S. 305; Soergel-Schultze-v. Lasaulx vor § 164 Anm. 66; Staudinger-Soing, Vorbem. § 164 Anm. 59.

2 Vgl. Siebert, S. 110.

3 Nach der Rechtsprechung handelt es sich hierbei um einen Unterfall der mittelbaren Stellvertretung. Vgl. z. B. RGZ 140, 223 ff. (229)

4 Vgl. dazu Liebich, S. 51.

5 Auch Siebert trennt auf S. 27 ff. bei Erörterung der Treugutbegründungsmöglichkeiten die Surrogation von der indirekten Stellvertretung. Vgl. auch S. 145.

6 So aber auch Liebich, S. 240, der die KAG nicht nur als ermächtigten Treuhänder, sondern auch als mittelbaren Stellvertreter ansieht.

beim Rechtserwerb für das SV hat die KAG folglich nicht die Stellung eines mittelbaren Stellvertreters. Endlich unterscheidet sich die Rechtsstellung der KAG von der der übrigen Sondervermögensverwalter darin, daß sie trotz ihrer Verfügungsmacht kein Besitzrecht hat. Alle die zu einem SV gehörenden Gelder und Wertpapiere ruhen bei der Depotbank in gesperrten Depots und Konten, § 11 III. Auch mit der technischen Abwicklung der von der KAG getätigten Geschäfte ist die Depotbank auf Grund ihrer Gewahrsamsfunktion betraut, § 11 IV, so daß die KAG in keinem Augenblick den unmittelbaren Besitz an den Sondervermögensgegenständen hat¹.

2. Die Sondervermögen nach der Treuhandlösung

a) Einheitliche Rechtsträgerschaft

Im Falle der sog. "Treuhandlösung" - diese allgemein übliche Terminologie erklärt sich aus der fiduziarischen Treuhänderstellung der KAG² - ist das SV nicht den Anteilinhabern gemeinsam zugeordnet, sondern Rechtsträger ist allein die KAG. In der Praxis haben wohl die KAG's alle von der in § 6 III gebotenen Möglichkeit Gebrauch gemacht und sind folglich nicht nur Träger eines, sondern mehrerer SV, die sich durch ihre Bezeichnung zu unterscheiden haben und die untereinander getrennt bei der Depotbank zu verwahren sind.

Daneben hat die KAG ihr "eigenes Vermögen" (§ 6 I Satz 3), worunter das Gesellschaftsvermögen entweder einer AG oder einer GmbH zu verstehen ist, denn nur in dieser Rechtsform darf eine KAG betrieben werden (§ 1 II). Da Eigen- und Sondervermögen allein in der Rechtszuständigkeit der KAG stehen, liegt hier unter Gesichtspunkten der Sondervermögenssystematik ein Fall einheitlicher Rechtsträgerschaft vor. Rein faktisch sind die mehreren SV vom Eigenvermögen dadurch getrennt, daß sie, wie auch bei der Miteigentumslösung schon betont, von der Depotbank verwahrt werden, während die KAG ihr eigenes Vermögen selbst in Besitz hat. Die tat-

1 Vgl. zum Aufgabenbereich der Depotbank allgemein: Diss. Baum, S. 144-148; zur Gewahrsamsfunktion : Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 123 ff.

2 Vgl. z. B. Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 17.

sächliche Trennung der Investmentfonds vom Eigenvermögen schafft aber noch kein SV. Vielmehr müssen auch bei der Treuhandlösung die Investmentfonds von dem Eigenvermögen des Rechtsträgers durch eine besondere rechtliche Regelung abgetrennt worden sein, um als SV i. S. der anfänglich gegebenen Begriffsdefinition angesehen werden zu können.

b) Beschränkte Verfügungsmacht

Die Verfügungsbefugnis der KAG folgt hier schon daraus, daß ihr alle Sondervermögensgegenstände als alleinigem Rechtssubjekt zugeordnet sind. Die einschneidendste Möglichkeit einer völligen Trennung der Verfügungsmacht von der Person des Rechtsträgers hat der Gesetzgeber nicht verwirklicht¹, da ja die KAG bzw. deren Organe nach seinem Willen dasjenige Subjekt sein soll, welches die SV fachkundig in eigener Verantwortung zu verwalten hat. Das bedeutet aber nicht, daß die einheitliche Rechtsträgerschaft mit derselben unbeschränkten Verfügungsmacht zusammentrifft. Diese wird vielmehr in den Absätzen II und III des § 8 mit dinglicher Wirkung zweckgerichtet beschränkt².

§ 8 II 1. Halbs. untersagt Verpfändungen von Sondervermögensgegenständen sowie alle sonstigen Belastungen und Verfügungen, die sich ihrem wirtschaftlichen Zweck nach als Sicherungsübereignungen und Sicherungszessionen darstellen. Damit stehen praktisch alle Verfügungen außer den Veräußerungen unter einem gesetzlichen

1 Unberücksichtigt blieb der Vorschlag von Barocka, S. 102 a. E., nach dem die KAG bei Verfügungen an die Zustimmung der Depotbank gebunden werden sollte; anders aber Gericke in DB 1959, 1276, 2. Sp., und Geßler in WM 1959, a. a. O., S. 21, nach denen die KAG durch Einschaltung der Depotbank mit dieser die Verfügungsbefugnis teilen müsse, bzw. durch die der KAG jede Verfügungsmöglichkeit genommen sei.

2 Auch § 11 VIII, Ziff. 1, enthält eine Verfügungsbeschränkung, s. unten S. 65 f.

Verbot¹, wodurch im Interesse des Sondervermögenszwecks die Gefahren des sog. "leverage system" beseitigt sind^{2 3}.

Merkwürdigerweise haben dennoch vorgenommene Verfügungen nicht, wie bei den sonstigen SV, eine absolute Unwirksamkeit zur Folge, sondern die Verfügungen⁴ sind nur relativ, d. h. den Anteilinhabern gegenüber unwirksam, § 8 II 2, Halbsatz. Es liegt mithin ein seltenes gesetzliches, in der Rechtsfolge dem § 135 I BGB nachgebildetes Veräußerungsverbot vor. Trifft die KAG eine verbotswidrige Verfügung, so handelt es sich nicht um einen Fall der Überschreitung der Verfügungsmacht⁵, da ja hierbei die Verfügung nach den allgemeinen Grundsätzen über das Fehlen regulärer Wirksamkeitsvoraussetzungen absolut unwirksam sein müßte. Der Gesetzgeber hat vielmehr durch einen singulären Eingriff⁶ das Wirksamwerden einer verbotswidrigen Verfügung durch Aufstellung eines relativen Veräußerungsverbot⁷ verhindert. Die Verfügung kann auch den Anteilinhabern gegenüber durch Gutgläubigkeit Dritter im Rahmen des § 135 II BGB wirksam werden⁸, so daß in bezug auf das Verkehrsschutzinteresse der Regeltatbestand des § 135 BGB den § 8 II ergänzt.

In § 8 III ist für die SV nach dem KAGG der Rechtsgedanke konkretisiert, der den Regelungen der §§ 719 II, 1419 II, 1977, 2040 II BGB bei anderen SV entspricht. Danach ist es der KAG untersagt, mit

1 Vgl. v. Pannwitz, a. a. O., S. 75.

2 Vgl. Dürre-Full, § 8 Anm. 2.

3 Zum Problem des "leverage-system": Baum, Diss. S. 28 f.; Schrempp: "Sparen und Verdienen", S. 40.

4 Das wird, trotz des Wortlauts des § 7 KO, überwiegend auch bei Handlungen des Gemeinschuldners angenommen. Vgl. RGZ 71, 40; Soergel-Hefermehl, §§ 135, 136 Anm. 6.

5 So aber v. Caemmerer in JZ 58, 46 Fußn. 40 und im Anschluß an ihn Diss. Baum, S. 155; Diss. Reuter, S. 142; Diss. Schäcker, S. 101.

6 Vgl. im Ergebnis Diss. v. Pannwitz, S. 83.

7 Zu dem dogmatischen Unterschied von relativem Veräußerungsverbot und Verfügungsbeschränkung vgl. Enneccerus-Nipperdey II, § 144 II 1, und Fußnote 5; Soergel-Hefermehl, §§ 135, 136 Anm. 2; Staudinger-Coing, § 135 Anm. 16.

8 Vgl. Dürre-Full, § 8 Anm. 2, S. 18 a.

Forderungen des SV gegen eigene Verbindlichkeiten, mögen diese auch aus einem Geschäft für Rechnung des SV stammen, aufzurechnen. Ob aus der Formulierung "können nicht" geschlossen werden darf, daß es sich hier um ein gesetzliches Verfügungsverbot i. S. des § 134 BGB mit der Folge unheilbarer Nichtigkeit handelt¹ oder um eine Entziehung der Verfügungsmacht im Bereich der Aufrechnungstatbestände², wird praktisch kaum je bedeutsam werden, da zur Heilung einer absoluten Unwirksamkeit die Genehmigung jedes einzelnen Anteilinhabers vorliegen müßte³. Unabhängig von diesen rechtlichen Einzelfragen ist festzuhalten, daß bei den SV nach der Treuhandlösung eine einheitliche Rechtsträgerschaft der KAG mit beschränkter Verfügungsmacht vorliegt.

c) Sonderbehandlung der Schuldenhaftung

Um ein systematisch einwandfreies Bild von der haftungsmäßigen Sonderbehandlung der Investmentfonds gegenüber dem Eigenvermögen der KAG zu gewinnen, ist davon auszugehen, daß die Vermögenssonderung im Zuständigkeitsbereich desselben Rechtsträgers notwendigerweise verschiedene Gläubigergruppen schafft. Je nachdem, ob dem Vollstreckungszugriff bestimmter Gläubiger des Rechtsträgers das SV haftet oder nicht, spricht man allgemein von Sondervermögensgläubigern⁴ oder von Eigengläubigern.

Teilweise wird im Zusammenhang mit dem Wortlaut der §§ 9 II Satz 1, 12 III Satz 2 behauptet, der Fonds sei von jeglicher Haftung

1 So Diss. Schäcker, Fußnote 149.

2 So v. Pannwitz, Diss., S. 49, insbes. Fußn. 6; abzulehnen ist die Meinung von Baum, Diss. S. 156 und Reuter, Diss., S. 143, nach denen auch im Falle des § 8 III ein Verfügungsverbot i. S. des § 135 BGB vorliege.

3 Aus diesem Grunde ist eine nähere Differenzierung, die im Einzelfall sehr schwierig sein kann, entbehrlich. Vgl. dazu allgemein Soergel-Hefermehl, § 134 Anm. 3. Daß es sich aber im vorliegenden Falle eher um eine Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Verfügungsmacht als um ein echtes Verbotsgesetz i. S. des § 134 BGB handelt, folgt daraus, daß § 8 III nicht im öffentlichen, sondern im Interesse des Anteilinhabers erlassen worden ist.

4 Bei den SV des Erbrechts sind das die "Nachlaßgläubiger"; bei dem Schiffsvermögen die Inhaber eines Schiffsgläubigerrechts, vgl. dazu unten S. 108.

für Schulden der KAG befreit¹. Eine vollständige Haftungsabschirmung der SV gegenüber allen nur denkbaren Verbindlichkeiten der KAG besteht aber nicht. Dies zeigt sich dann, wenn man im Bereich der das SV betreffenden Haftungsfragen den § 9 II Satz 1 im Zusammenhang mit dem § 10 II sieht. Nach § 10 II hat jeder Anteilinhaber das unentziehbare Recht, gegen Rückgabe des Anteilscheins unter den in den Vertragsbedingungen festgelegten Voraussetzungen und Bedingungen, § 14 III g, Auszahlung seines Anteils am SV "aus diesem" zu verlangen. Das Rückgaberecht und der Anspruch des Anteilinhabers auf Auszahlung des Rückkaufpreises sind Bestandteil des zwischen ihm und der KAG abgeschlossenen Investmentvertrages². Schuldnerin der Rückzahlungsverpflichtung kann also nur die KAG sein. Entgegen der in § 9 II Satz 1 gemachten Aussage haftet sie für diese, allerdings nur für diese Verbindlichkeit, mit dem SV³. Damit enthält § 10 II für eine bestimmte Gläubigergruppe eine Ausnahme vom Grundsatz des § 9 II Satz 1. Die Anteilinhaber, die ihren Rückzahlungsanspruch geltend machen, sind Sondervermögensgläubiger, während alle anderen Gläubiger, denen das SV wegen § 9 II Satz 1 nicht haftet, als Eigengläubiger der KAG anzusehen sind. Ebenso wie § 1984 II BGB⁴ zugunsten der Nachlaßgläubiger gegenüber den Erben (Eigen-) gläubigern eine Haftungsseparation des Nachlasses anordnet, so bestimmt § 9 II Satz 1 eine notwendige Haftungsseparation der Investmentfonds zum Schutze der Anteilinhaber gegenüber dem Zugriff der Eigengläubiger der KAG.

1 Vgl. Siara-Tormann, § 9 Anm. 2 a. A.; Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 73; Geßler in WM 1957, 19; Diss. Reuter S. 101.

2 Vgl. Diss. Schäcker, S. 57 a. A.; 114 f.

3 Dagegen vertritt Schäcker, S. 114 f. die Meinung, die KAG hafte auch in diesem Fall nur mit dem Eigenvermögen. Ebenso Diss. Klenk, S. 90 f. Klenk beruft sich aber wohl zu Unrecht auf Diss. Reuter, S. 133.

4 Eine ähnliche Haftungsseparation findet sich in § 2214 BGB. Daraus will Boegl, a. a. O., S. 127 den für alle SV geltenden Satz ableiten, daß Gläubiger des Subjekts, die nicht zu den Sondervermögensgläubigern gehören, sich nicht an das SV halten können.

Neben der Haftungssonderung bestände dann eine gegenständliche Haftungsbeschränkung¹, falls die KAG für ihre Rückzahlungsschulden den Anteilhabern ausschließlich mit dem SV haften würde und nicht auch noch mit ihrem Eigenvermögen. Bei den SV des Erbrechts unter einheitlicher Rechtsträgerschaft geht normalerweise eine Haftungssonderung mit einer Haftungsbeschränkung Hand in Hand². Für die SV des KAGG ist es nicht unbestritten, ob die KAG den Anteilhabern beschränkt mit dem SV haftet oder ob diese auch noch ihr Eigenvermögen in Anspruch nehmen können.

Obwohl eine eindeutige haftungsbeschränkende Norm, ähnlich dem § 1975 BGB fehlt, glauben einige Autoren, aus dem Wortlaut des § 10 II eine ausschließlich auf das SV beschränkte Haftung herleiten zu können³. Dagegen steht die wohl überwiegende Meinung auf dem richtigen Standpunkt, daß den Sondervermögensgläubigern, den Anteilhabern, nicht nur das SV, sondern auch das Eigenvermögen haftet⁴. Für diese Meinung spricht vornehmlich die amtliche Begründung des Gesetzgebers zu § 16⁵, wonach die KAG gerade unter Hinweis auf ihre Rückzahlungsverpflichtung gezwungen wird, 20 % ihres Eigenkapitals als Liquiditätsreserve zu halten. Die Mithaftung des Eigenvermögens sollte durch die Fassung des § 10 II nicht ausgeschlossen werden⁶.

1 Zu den Begriffen Haftungssonderung und Haftungsbeschränkung vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 50 V, S. 330 f.

2 Vgl. Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. 129 mit Ausnahmebeispielen; ebenso Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 49 II 7, S. 323.

3 So Ebner v. Eschenbach, Diss. S. 110; vom Berge und Herrendorff, Diss. S. 101; beide im Anschluß an Siara-Tormann, § 10 Anm. 2 und § 16 S. 59; zur Bedeutung des Wortlautes des § 10 II vgl. unten S. 79 a. E.

4 Vgl. Diss. Baum, S. 52. Er vertritt allerdings einschränkend die Meinung, daß die KAG nur mit der Liquiditätsreserve des § 16 haftet. v. Caemmerer in JZ 58, 46 1. Sp., insbesondere S. 71, 2. Sp. Geßler in WM 1957, 23; Diss. Reuter, S. 133.

5 Vgl. BT-Drucksache 2. Wahlperiode 1953, Nr. 3235, S. 4, in deren Fassung der heutige § 16 als § 14a erscheint.

6 Vgl. v. Caemmerer a. a. O., S. 71, 2. Sp.

Macht ein Anteilinhaber seinen Anspruch aus § 10 II geltend, so besteht zwischen ihm und der KAG in Parallele zu dem Verhältnis zwischen dem Gläubiger einer Nachlaß-Eigenschuld und dem Alleinerben ein "einheitliches Schuldverhältnis mit doppeltem Haftungsgegenstand"¹. Die Gütersonderung nach dem KAGG schafft daher bei unbeschränkter Haftung der KAG nur eine relative Haftungssonderung zugunsten der Anteilinhaber, die infolge unbeschränkter Haftung der KAG SV und Eigenvermögen beanspruchen können, während den Eigengläubigern lediglich das Eigenvermögen, nicht aber auch das SV haftet².

3. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die SV nach dem KAGG einen vom übrigen Vermögen der Rechtsträger (Miteigentumslösung) oder des Rechtsträgers (Treuhandlösung) wegen ihrer besonderen rechtlichen Behandlung getrennten Vermögenskreis bilden, mithin dem zu Anfang gegebenen Sondervermögensbegriff unterliegen. Die spezielle Zweckbestimmung, deretwegen die rechtliche Sonderbehandlung angeordnet wurde, besteht hier darin, allen Investmentsparern in ihrer Gesamtheit die Möglichkeit einer auf dem Gedanken der Risikostreuung beruhenden³, langfristigen und sicheren Kapitalanlage zu gewährleisten.

Die bei den SV der Miteigentumslösung von den Rechtsträgern getrennte, in den Händen der KAG liegende Verfügungsmacht, steht in Parallele zu den übrigen SV unter fremder Verwaltung, während die gemeinsame bruchteilsmäßige Rechtszuständigkeit der Sondervermögenssubjekte eine Ausnahmeerscheinung innerhalb

1 So wörtlich Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 50 VI 1, S. 331.

2 Vgl. dazu die Ausführungen v. Bartholomeyczik "Erbrecht", § 54 A 1. Abschn. I 2b, S. 351, über das mögliche Verhältnis von Güter- und Haftungssonderung.

3 Diesem Ziel dienen die obligatorischen Erwerbsbeschränkungen des § 7, die aber in dieser Arbeit nicht zu berücksichtigen sind. Vgl. dazu Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 30 ff., Diss. Reuter, S. 90 ff.

der bisher bekannten Sondervermögensgruppen darstellt. Trotz ihrer Verfügungsmacht hat die KAG nicht die Befugnis, die Anteilinhaber rechtsgeschäftlich zu verpflichten. Von der KAG im eigenen Namen für das SV erworbene Gegenstände fallen kraft dinglicher Surrogation in das SV, das sich aber nicht im Besitz der verwaltenden KAG befindet, sondern von der Depotbank verwahrt wird.

Letzteres gilt im gleichen Maße für die SV nach der Treuhandlösung, nur, daß hier die Surrogation nicht mit einem Subjektswechsel verbunden ist, da ja das SV in der Rechtszuständigkeit der KAG selbst steht.

Hinsichtlich der einheitlichen Rechtsträgerschaft mit beschränkter Verfügungsmacht erinnert das SV in seiner Grundstruktur insoweit an die Vorerbschaft des Alleinerben. Zugunsten der Sondervermögensgläubiger, d. h. der Anteilinhaber, besteht eine Haftungssonderung, die aber nicht mit einer Haftungsbeschränkung gekoppelt ist.

Nachdem die SV nach dem KAGG systematisch erfaßt worden sind, kann die Frage nach den Rechtsbeziehungen der Vermögensmassen untereinander aufgeworfen werden.

II. TEIL: DIE OBLIGATORISCHEN RECHTSBEZIEHUNGEN
ZWISCHEN DEN SONDERVERMÖGEN UND DEM
EIGENVERMÖGEN DER KAPITALANLAGEGESELL-
SCHAFT

§ 4 Allgemeines über die Möglichkeit und Problematik schuld-
rechtlicher Beziehungen zwischen den Vermögensmassen
ein- und desselben Rechtssubjekts - Ausscheiden der
Miteigentumslösung aus diesem Problembereich

Nach nahezu einhelliger Ansicht folgt aus der Abtrennung eines oder mehrerer SV aus dem Gesamtvermögen desselben Rechtsträgers die Besonderheit, daß zwischen zwei Vermögensmassen - zwischen den SV untereinander oder zwischen einem SV und dem Eigenvermögen - materielle und formelle Rechtsbeziehungen bestehen können, wie sie sonst nur zwischen den Vermögen verschiedener Vermögensträger möglich sind¹. Diese Aussage findet sich meist nur nebenbei im Zusammenhang mit der Erörterung anderer Rechtsprobleme des SV. Wie die Rechtsbeziehungen begründet werden, wer die berechtigten und verpflichteten Subjekte der Rechtsverhältnisse sind, wird in den seltensten Fällen deutlich gemacht und ist im einzelnen strittig. Wenn zunächst dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend von Rechtsbeziehungen zwischen SV und Eigenvermögen gesprochen wird, so soll damit noch keine Erklärung dieser Erscheinung gegeben sein. Es sollen zunächst vielmehr unter dieser abgekürzten Ausdrucksweise alle Tatbestände verstanden werden, die eine Vermögensverschiebung zwischen den abgesonderten Vermögensmassen zum Gegenstand haben².

-
- 1 Vgl. vor allem v. Tuhr I, S. 340 ff.; ferner Diss. Brandt, S. 11, Boegl, S. 125; Diss. Fischer, S. 5; Fitting, S. 30; v. Gierke II, S. 68 f.; Hamburger, S. 186; Diss. Hausladen, S. 20; Hellwig, Anspruch, S. 238; derselbe, System, S. 156; Hunn, S. 7; Jaeger-Lent, § 1 Anm. 50; Diss. Knull, S. 1; Pohle in MDR 1956, 640; Staudinger-Coing, Vorbem. § 90 Anm. 17; Diss. Windscheid, S. 28; Zitelmann, a.a.O., S. 260, 279; dagegen: Binder, S. 103; Martin in AcP 102, 457; mit gewissen Einschränkungen Ehrenberg, S. 423 ff.
- 2 Vgl. auch den Ausgangspunkt bei Hunn, S. 7.

Solche Rechtsbeziehungen können einmal immer dann entstehen, wenn eine Vermögensmasse auf Kosten einer anderen wirtschaftlich bereichert, oder zu Gunsten der anderen geschmälert wird, so daß diese Verschiebung durch eine entsprechende Rückübertragung ausgeglichen werden muß. Beispielsweise ist daran zu denken, daß Werte des einen Vermögens durch ein tatsächliches Ereignis in das andere gelangen, eine Schuld aus einem Vermögenskreis getilgt wird, für die eigentlich ein anderer haftet, oder daß die Leistung eines außenstehenden Schuldners in die Vermögensmasse erfolgt, zu der die betreffende Forderung, zwecks deren Erfüllung geleistet wird, nicht gehört. Die Sondervermögensbildung innerhalb der Vermögenssphäre einer Person ist eine Ausnahmeerscheinung, die nur erfolgt, damit die Gesamtheit der in dem SV zusammengeschlossenen Rechte der besonderen Zweckerreichung dienstbar gemacht werden kann. Um diese Zweckerreichung sicherzustellen, muß der Bestand eines SV gegenüber dem allgemeinen Vermögen des Rechtsträgers oder gegenüber dessen anderen SV abgesichert sein. Daher folgt die Möglichkeit von wie auch immer gearteten Rechtsverhältnissen zwischen Eigen- und Sondervermögen aus der Notwendigkeit des ungeschmälerten Bestandes eines Vermögenskreises gegenüber dem anderen.¹

Darüber hinaus wird die Meinung vertreten, daß die Selbständigkeit, mit der das SV dem freien Vermögen gegenüberstehe, nicht nur Rechtsbeziehungen zwecks interner Grenzregulierung zulasse, sondern auch alle Rechtsbeziehungen aus außervertraglichen und vertraglichen Tatbeständen rechtfertige, die zwischen verschiedenen Subjekten möglich seien.²

Versucht man, diese Rechtsbeziehungen als Schuldrechtsverhältnisse i. S. des § 241 BGB zu qualifizieren, so liegt deren Eigen-

1 Vgl. dazu Diss. Brandt, S. 7, der hieraus schon die Folgerung zieht, die Rechtsverhältnisse zwischen Haupt- und Sondervermögen seien "obligatorische Rechtsbeziehungen".

2 Vgl. v. Tuhr, I, S. 341 f.; auch Diss. Brandt, S. 8 m. w. N.

tümlichkeit vor allem darin, daß als einziges rechtsfähiges Subjekt hinter den Vermögensmassen, das als Träger von Recht und Verbindlichkeit in Frage käme, der Vermögenseigner, bei der Treuhandlösung also die KAG, steht- Nach der Gesetzesdefinition des § 241 BGB ist das Schuldverhältnis aber ein Rechtsverhältnis, das immer zwischen zwei oder mehreren Personen existiert, von denen mindestens einer Gläubiger, ein anderer Schuldner ist¹. Es erscheint, wie Hunn² zu Recht bemerkt, begrifflich kaum möglich, daß sich der Vermögensträger bei diesen Rechtsbeziehungen als Gläubiger und Schuldner gegenübersteht, wenn Leistensollen und Bekommensollen in einer Person zu verwirklichen sind. Wohl aus denselben Erwägungen spricht Zitelmann³ auch nur von "quasischuldrechtlichen Beziehungen". Außerdem bereitet die Frage nach dem Inhalt der Rechtsbeziehungen Schwierigkeiten. Verpflichtet z. B. ein Schuldverhältnis zur Übertragung des Eigentums, so ist nicht recht ersichtlich, welche Verfügung an Stelle der Über-eignung treten soll, wenn beide Vermögensmassen ohnehin im Eigentum desselben Subjektes stehen.

An dieser Stelle wird deutlich, daß die eigentliche Problematik der Rechtsbeziehungen bei SV nur in den Fällen einheitlicher Rechtsträgerschaft besteht⁴, d. h. hier bei den SV der Treuhandlösung, dagegen nicht bei solchen SV, die mehreren Rechtsträgern gemeinsam zugeordnet sind.

Auf die Frage der Rechtsbeziehungen zwischen gesamthänderisch gebundenen SV und dem Eigenvermögen eines Gesamthänders braucht hier nicht eingegangen zu werden, da es sich bei der gemeinsamen Rechtsträgerschaft der Miteigentumslösung um eine bruchteilsmäßige Zuordnung handelt.

1 Vgl. Larenz I, S. 4.

2 Hunn, S. 8.

3 Zitelmann, S. 279.

4 Das wird von fast allen auf S. 35 Fußnote 1 zitierten Autoren dadurch gekennzeichnet, daß von Beziehungen zwischen den Vermögensmassen ein- und desselben Rechtssubjekts gesprochen wird.

Rechtsbeziehungen zwischen SV und Eigenvermögen eines Anteilhabers müßten sich hier, wie schon in anderem Zusammenhang ausgeführt¹, als rechtliches Band zwischen einem Bruchteil an einem einzelnen Sondervermögensrecht und dem übrigen Vermögen desselben Anteilhabers darstellen. Das aber ist undenkbar. Weiterhin müssen Rechtsverhältnisse zwischen dem ganzen SV als Rechtsgesamtheit, d. h. zwischen allen Anteilhabern als Trägern des SV auf der einen und einem einzelnen als Träger seines Eigenvermögens auf der anderen Seite, an den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten scheitern. Rein tatsächlich ausgleichspflichtige Vermögensverschiebungen zwischen SV und Eigenvermögen eines Teilhabers sind schon wegen der Gewahrsamsfunktion der Depotbank ausgeschlossen. Außerdem hat kein Anteilhaber die Befugnis, durch rechtsgeschäftliches Handeln mit sich selbst die Gemeinschaft der Anteilhaber zu berechtigen oder zu verpflichten. Zu Verfügungen über Sondervermögensgegenstände fehlt ihm die Befugnis. Auch die KAG als Sondervermögensverwalter vermag es nicht, dadurch Rechtsbeziehungen zwischen dem SV und einem einzelnen Anteilhaber herzustellen, daß sie z. B. mit diesem als Mitträger des SV für das SV Rechtsgeschäfte tätigt, da sie trotz ihrer Verfügungsmacht keine Verpflichtungsmacht besitzt².

Für den Fortgang der Untersuchung bedeutet das, daß die SV nach der Miteigentumlösung weitgehend ausgeklammert werden. Sie werden nur dann in die Betrachtung einbezogen, wenn es gilt, mögliche unterschiedliche Ergebnisse bei den hier zu behandelnden Rechtsbeziehungen aufzuzeigen, die sich aus der unterschiedlichen Zuordnung nach der Treuhand- oder Miteigentumlösung ergeben können.

1 Vgl. oben S. 18.

2 Vgl. oben S. 23.

§ 5 Die materiellrechtliche Erklärung schuldrechtlicher
Beziehungen zwischen den Vermögensmassen bei der
Treuhandlösung

Bevor die Tatbestände untersucht werden, die zur Begründung von Rechtsverhältnissen zwischen SV und Eigenvermögen der KAG führen können, ist es unumgänglich, Klarheit über das Wesen dieser Rechtsbeziehungen zu gewinnen. Insbesondere darüber, ob wegen der in § 241 BGB geforderten Verschiedenheit von Gläubiger- und Schuldnersubjekt, die in den Fällen einheitlicher Rechtsträgerschaft aber zu fehlen scheint, überhaupt von echten schuldrechtlichen Beziehungen gesprochen werden darf. Zu diesem Zweck soll zunächst ein Beispiel gebildet werden, das eine notwendig werdende Vermögensverschiebung aus dem Eigen- in das Sondervermögen aufzeigt. Das anhand dieses Beispiels gewonnene Ergebnis kann dann zunächst zur Erklärung der Rechtsverhältnisse in all den übrigen Fällen herangezogen werden.

1. Eingangsbeispiel

Wie schon erwähnt, sind auch die SV nach dem KAGG durch eine weitestgehende dingliche Surrogation, § 6 II, die in ihrem Wortlaut manchen Vorschriften des BGB entspricht¹, in ihrem Wertbestand geschützt. Nach übereinstimmender Ansicht gehört zu demjenigen, was der Sondervermögensträger als Ersatz für ein zum SV gehörendes Recht erwirbt (§ 6 II, letzte Alternative), jeder Schadensersatzanspruch aus der Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines SVgegenstandes gegen Dritte². Begeht die KAG nun selbst im Hinblick auf Sondervermögensgegenstände eine unerlaubte Handlung, indem beispielsweise ein Organ entgegen dem Verbot des § 8 II wirksam kraft guten Glaubens Dritter über Sondervermögensrechte verfügt, so wird sie schadenersatzpflichtig

1 Vgl. z. B. die §§ 1418 II Ziff. 3, 2041 BGB.

2 Vgl. zu § 1418 II Ziff. 3; Erman-Bartholomeyczik, Anm. 5; zu § 6 II KAGG: Diss. Baum, S. 109; Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 50; Siara-Tormann, § 6, Anm. 2.

(§ 31 BGB). Die Schadensersatzpflicht gründet sich auf § 823 II BGB i. V. mit § 8 II, der richtiger Ansicht nach Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB ist¹. Der Schuld der KAG steht aber in keinem Augenblick eine korrespondierende Forderung in der Person der Antellinhaber gegenüber, da die Forderung im Augenblick ihres Entstehens ohne Durchgangserwerb kraft der Zuordnungswirkung der dinglichen Surrogation ins SV fällt, das bei der Treuhandlösung in der Rechtszuständigkeit der schädigenden KAG selbst steht. Es existiert also eine Forderung des SV gegen die KAG, ein Rechtsverhältnis zwischen den Vermögensmassen desselben Rechtsträgers, auf Grund dessen eine Vermögensverschiebung aus dem Eigenvermögen der KAG in das SV zu bewirken ist.

Um die bereits aufgeworfene Frage nach den Rechtssubjekten dieser Rechtsbeziehung beantworten zu können, muß auf die für die anderen SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft außerhalb des KAGG bereits entwickelten unterschiedlichen Ansichten zurückgegriffen werden.

2. Das subjektive Moment der Rechtsbeziehungen bei SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft

a) Objektiver Schuldbestand

Otto v. Gierke, der die Möglichkeit der hier zu behandelnden Rechtsbeziehungen ausdrücklich bejaht, sucht an verschiedenen Stellen deren Wesen mit dem Begriff des "objektiven Rechtsverhältnisses"² bzw. "objektiven Schuldbestandes"³ zu erfassen, womit er allerdings der Frage nach dem berechtigten und verpflichteten Subjekt des Rechtsverhältnisses aus dem Wege geht.

Auf deutschrechtlichen Vorstellungen aufbauend gibt es nach ihm nicht nur Schuldverhältnisse zwischen bestimmten Personen, son-

1 Vgl. Diss. v. Pannwitz, S. 77, 97.

2 Vgl. v. Gierke II, S. 4 oben.

3 Derselbe II, S. 69; III, S. 62; im Anschluß an ihn ebenso Wüstendörfer in Ehrenberg, "Handbuch des gesamten Handelsrechts", 7. Bd. Abt. II, S. 434.

dern unter Außerachtlassung des subjektiven Moments könne "die Subjektsstellung auch an ein gegenständliches Verhältnis geknüpft sein". Die daraus folgende Umbestimmtheit des Subjekts werde dann durch die Befestigung und Sichtbarmachung des objektiven Schuldbestandes ausgeglichen¹. Dieser objektive Schuldbestand äußere sich bei Rechtsbeziehungen zwischen gesonderten Vermögensmassen desselben Subjekts in der Form, daß die "eine Vermögensmasse zu Gunsten der anderen belastet ist und somit ein Passivbestandteil der einen in einem Aktivbestandteil der anderen wiedererscheint"².

Zu dieser Konstruktion gelangt v. Gierke nur deshalb, weil er den Gegenstand einer Forderung, d. h. in diesem Fall die geschuldete Handlung, als eine an sich wertvolle Leistung vom verpflichteten Subjekt unterscheidet und sie sich somit als ein äußeres objektiviertes Gut vorstellt³. Umgekehrt erscheint ihm der Gegenstand einer Pflicht als ein vom verpflichteten Subjekt lösliches Objekt⁴.

Ohne an dieser Stelle die Argumentation v. Gierkes weiter verfolgen zu wollen, kann vom Boden des heutigen Rechts her festgestellt werden, daß die Figur des objektiven Schuldtatbestandes keine befriedigende Erklärung der hier interessierenden Rechtsverhältnisse gibt.

Versteht man, wie v. Gierke selbst⁵, unter einem Rechtsverhältnis einen zusammenhängenden Inbegriff von Befugnissen und Pflichten innerhalb eines rechtlich geregelten Lebensverhältnisses, so ist eine Leistungspflicht und ein Forderungsrecht überhaupt nur im Rahmen einer Beziehung von Person zu Person⁶ denkbar, mithin von dem verpflichteten Subjekt unlöslich, also nicht objektivier-

1 Vgl. v. Gierke III, S. 58.

2 Derselbe II, S. 69.

3 Derselbe I, S. 272.

4 Derselbe I, S. 273.

5 Vgl. I, S. 255.

6 Oder eine Beziehung einer Person zu einem Gegenstand, vgl. Lehmann/Hübner, S. 80.

bar im einzig brauchbaren Sinn des Wortes¹. Ohne Subjekte, an die Forderung und Verbindlichkeit geknüpft sind, würde die Leistung unverändert als Belastung zu Gunsten der einen Vermögensmasse in der anderen ruhen; eine Vorstellung, die im Rechtsleben bedeutungslos erscheint². Das Schuldverhältnis ist von vornherein im wesentlichen darauf angelegt, durch eine zur Befriedigung des Gläubigers führende Leistungshandlung des Schuldners sein Ende zu finden. Es besteht in dem Befehl einer Leistung des Schuldners an den Gläubiger. Nach der Gesetzesdefinition des § 241 BGB ist ein Anspruch ohne Gläubiger ebensowenig denkbar wie eine Schuld ohne Schuldner³.

Wenn v. Gierke dagegen dem germanischen Schuldbegriff folgend die Schuld von der Person loslöst, so verläßt er mit der Figur des objektiven Schuldbestandes den Boden unseres bürgerlichen Gesetzbuches, das sich insbesondere für den Begriff des Schuldverhältnisses dem Vorbild des römischen Rechts angeschlossen hat.⁴

b) Rechtssubjektivität des Sondervermögens

Gerade die Problematik der Rechtsbeziehungen gesonderter Vermögensmassen, hinter denen nur ein einziger Rechtsträger steht, wird u. a. von einigen Autoren zur Begründung ihrer Ansicht herangezogen, daß die SV eigene Rechtsfähigkeit hätten, also juristische Personen seien, oder zumindest aus konstruktiven Gründen als solche behandelt werden müssen. Danach sind die Rechtsverhältnisse eindeutig zu erklären, da es diese Konstruktion erlaubt, Forderungen und Schulden dem SV als selbständigem Rechtssubjekt zuzuordnen, dem der Vermögenseigner als zweiter Rechtsträger gegenübersteht.

Im einzelnen läßt sich allerdings zwischen den Vertretern dieser Auffassung keine Übereinstimmung darüber feststellen, bis zu

1 So richtig Martin in AcP 102, 447.

2 Vgl. auch die Kritik Hunns, a. a. O., S. 25.

3 Vgl. Erman-Sirp, § 241 Anm. 2.

4 Vgl. Leonhard, S. 44 f.

welchem Grad die SV eigene Rechtssubjektivität haben sollen und ob davon alle Sondervermögenskategorien gleichermaßen betroffen werden. Am eindeutigsten bezeichnet wohl Graßhoff¹ alle SV einschließlich der Gesamthandsvermögen als "die dritte Rechtsperson" und stellt sie damit als Rechtsträger neben die natürlichen und juristischen Personen. Die hinter den Vermögensmassen stehenden Beteiligten würden sich wie die Mitglieder einer Körperschaft zu dieser verhalten², der gesamte Inhalt aller Rechte und Rechtsverhältnisse stände den selbständigen Massen zu³.

Kohler, der von den SV als stillschweigenden oder richtiger, konstruktiven juristischen Personen spricht⁴, erkennt ihre Rechtsfähigkeit nicht generell an. Er erklärt sie nur in dem Umfang für rechtsfähig, als dies zum Zwecke der konstruktiven Verwendung notwendig ist⁵. Zwar behandelt er ebenfalls nicht ausdrücklich die hier interessierende besondere Problematik, aber aus der Bemerkung, daß die "juristische Person ein notwendiges Hilfsmittel zur Erreichung rechtlicher Ziele" sei⁶, läßt sich seine Zugehörigkeit zu der Gruppe derer folgern, die die Rechtsverhältnisse als echte Schuldrechtsbeziehungen zwischen dem versubjektivierten SV und dem Rechtsträger bezeichnen.

Dagegen führen Hellwig⁷, der Hauptvertreter dieser Ansicht und neuerdings im Anschluß an ihn Böttcher⁸ ausdrücklich die Möglichkeit der hier zu behandelnden Rechtsbeziehungen zur Unterstützung der Richtigkeit ihrer Lehre vom Wesen des SV als "Quasi-Rechtssubjekt"⁹ an. Eine bedeutende Einschränkung wird aber

1 In: Festschrift für Heinitz, S. 124 ff.

2 Ebenda.

3 a. a. O., S. 145 a. E.

4 Kohler, S. 354.

5 a. a. O., S. 357.

6 Kohler, S. 354.

7 Vgl. Hellwig, "Anspruch", S. 238, 240; Lehrbuch, S. 308; System, S. 156.

8 Vgl. Böttcher in ZZP 77, 67 a. A., 70, für die Konkursmasse.

9 Vgl. Böttcher in JZ 1963, 583 2. Sp.; ZZP 71, 319, 1. Sp.

dadurch gemacht, daß nur die von Hellwig als "selbständige SV" bezeichneten Vermögensmassen¹, das sind die SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft mit getrennter Verfügungsmacht, die Stellung einer juristischen Person haben sollen. Den Sondervermögensverwaltern fällt danach folgerichtig dieselbe Aufgabe und Stellung wie den Organen der juristischen Person zu².

Allein schon diese Einschränkung, nur den SV unter fremder Verwaltung eigene Rechtssubjektivität zuerkennen zu wollen, führt dazu, daß das im Eingangsbeispiel aufgeführte Rechtsverhältnis auf der Basis einer eigenständigen Rechtsträgerschaft nicht erklärt werden kann. Gedanklich läßt es sich durchaus nachvollziehen, daß der Investmentfonds als rechtsfähiges Zweckgebilde einen Schadensersatzanspruch gegen die KAG hat. Ausgeübt werden können aber Rechte der juristischen Person nur durch natürliche handlungsfähige Personen³. Da es sich bei den SV der Treuhandlösung nicht um solche mit getrennter Verfügungsmacht handelt, so würde es an dem natürlichen Subjekt fehlen, das als Organ die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hätte, § 26 II 1 BGB. Nur dann, wenn man der KAG, aus deren Zuständigkeitsbereich man den Investmentfonds zuvor herausgelöst hat, diese Aufgabe zuweist, wäre ein vertretungsberechtigtes Organ vorhanden.

Nach h. M. ist aber die Auffassung, die den SV in irgendeiner Weise Rechtssubjektivität beilegen will, generell als mit unserer Rechtsordnung unvereinbar abzulehnen. Eine ins einzelne gehende Begründung ist schon mancherorts vorgetragen worden⁴, so daß

1 Vgl. "System", S. 154; "Anspruch", S. 237; Lehrbuch, S. 295, 308

2 Vgl. Hellwig, "Anspruch", S. 239; Bötticher, ZZP, 77, 57, gebraucht deshalb den Begriff "Organtheorie", um die Stellung des Konkursverwalters darzustellen in Abgrenzung zu der Amts- und Vertretertheorie. Fabricius, S. 4, meint ebenfalls, daß zumindest die Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit der Konkursmasse geeignet sein könnte, dem Theorienstreit ein Ende zu machen.

3 Vgl. Lehmann/Hübner, S. 84.

4 Vgl. z. B. Boegl, S. 22; Diss. Hunn, S. 27 ff.; Hamburger, S. 137 ff.; v. Gierke, II, S. 62; Fußn. 65; Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6-9, Anm. III 2; v. Tuhr I, S. 347.

an dieser Stelle nicht mehr erneut darauf eingegangen werden soll. Keine der vorstehend aufgeführten Meinungen kommt letztlich darüber hinweg, daß die Rechtspersönlichkeit von Vermögensmassen, d. h. ihre Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, nur auf Grund einer positiven Vorschrift materiellen Rechts oder durch hoheitlichen Akt verliehen werden kann. Infolgedessen ist dem konstruktiven Behelf der Personifikation eines in einer besonderen Rechtslage sich befindlichen SV nicht zu folgen. Dies umsomehr, als es eines solchen Vorgehens zur Klärung der Rechtsbeziehungen gar nicht bedarf.

c) Spaltungstheorie

Hat das SV keine eigene Rechtsfähigkeit, sondern ist es als eine Summe von Objekten einem einzigen Rechtsträger neben seinem sonstigen Vermögen zugeordnet, so folgt für unseren Fall bei natürlicher Betrachtungsweise daraus notwendig das Vorliegen einer Forderung bzw. Schuld des Rechtsträgers gegen sich selbst.

Da die KAG die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung beging, so ist sie auf jeden Fall Schuldner der Leistungspflicht. Kraft der besonderen Zuordnungswirkung der dinglichen Surrogation fällt die Schadensersatzforderung ins SV und steht somit, wie jeder andere Sondervermögensgegenstand auch, in der Zuständigkeit der KAG. Mithin wird sie Gläubiger des Anspruchs, für den sie selbst als Schuldner haftet. Damit ist das Wesen der Rechtsbeziehungen zwischen verschiedenen Vermögensmassen desselben Rechtsträgers zunächst als Forderung bzw. Schuld des Rechtsträgers gegen sich selbst herausgestellt. Mit diesem Ergebnis darf aber die Untersuchung über das Wesen der hier zu behandelnden Rechtsverhältnisse an dieser Stelle noch nicht abgebrochen werden, da es die Trennung mehrerer Vermögensmassen in der Rechtssphäre ein- und desselben Subjekts außer acht läßt.

Wenn Martin¹ die Identität von Gläubiger und Schuldner zum Anlaß nimmt, die Möglichkeit von Schuldverhältnissen zwischen gesonderten Vermögensmassen derselben Person wegen Fehlens jeder theoretischen Rechtsfertigung grundsätzlich zu verneinen, so ist dem aus mehreren Gründen nicht zuzustimmen.

Zwar führt die Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerstellung in einer Person, sog. Konfusion, regelmäßig zum Erlöschen des Schuldverhältnisses². Ohne an dieser Stelle die Theorie der Konfusion vertiefend und erschöpfend behandeln zu können³, wird meist als letzter Grund für den Untergang des Schuldverhältnisses durch Konfusion die in der Definition des Schuldverhältnisses enthaltene subjektive Seite genannt. Nach Heck⁴ bezweckt die Obligation eine Interessenverschiebung zwischen getrennten Personen. Ist nur eine Person vorhanden, in der sich die entgegengesetzten Interessen vereinigen, so verliert das Leistungsgebot seinen Sinn. Folglich muß das Schuldverhältnis erlöschen, da niemand sein eigener Gläubiger und Schuldner sein kann⁵.

Dieses begrifflich-logisch abgeleitete, im Normalfall zu billigende Ergebnis muß aber schon, um rechtlich geschützte Interessen Dritter zu wahren, dann einer Schranke unterworfen werden, wenn Forderung und Schuld verschiedenen SV bzw. einem SV und dem allgemeinen Vermögen zugeordnet werden, an denen z. B. verschiedene Haftungsinteressen der Gläubiger bestehen⁶.

1 In AcP 102, 457.

2 Als eine Selbstverständlichkeit wurde das im Gesetz nicht ausgesprochen. Vgl. Prot. I, 376.

3 Vgl. die Zusammenfassung bei Dacke, "Der Untergang der Schuldverhältnisse durch Konfusion", S. 3 ff., 43 ff.; Kretschmar, "Die Theorie der Confusion", S. 191.

4 Heck, "Grundriß", S. 191.

5 Blomeyer, S. 252; Enneccerus-Lehmann, § 76, S. 303; Leonhard, S. 641; Molitor, S. 117; Krefß, S. 163.

6 Vgl. Larenz I. S. 254; ferner Heck, "Grundriß", S. 192; Leonhard, S. 641.

Im eingangs gebrachten Fall ist es nicht das Haftungsinteresse der Anteilinhaber, das im Fall des Untergangs der Sondervermögensforderung verletzt würde, da ihnen für ihren Rücknahmeanpruch aus § 10 II ja nicht nur das SV, sondern auch das Eigenvermögen der KAG haftet¹. Die Anteilinhaber haben deswegen ein Interesse am Weiterbestehen der Sondervermögensforderung, da andernfalls der Wert ihres Anteils am SV verringert würde. Zwecks Berechnung des Rücknahmepreises, der die Höhe ihres Anspruchs gegen die KAG bestimmt, wird der Wert des SV durch die Zahl der umlaufenden Anteilscheine dividiert, § 18 II Satz 2. (Sog. Inventarwert)². Einen den Inventarwert mitbestimmenden Faktor bilden auch die zu dem SV gehörenden Forderungen (§ 18 II Satz 3). Würde die gegen die KAG gerichtete Sondervermögensforderung infolge Konfusion erlöschen, so hätte das zur Folge, daß der Inventarwert und somit der Rückzahlungsanspruch aus § 10 II entsprechend niedriger ausfiele. Die Anteilinhaber müßten bei Rückgabe des Anteilscheins einen ungerechtfertigten Vermögensnachteil in Kauf nehmen.

Aus diesem Grunde hat hier, ebenso wie in anderen Fällen, der aus einer Reihe von Einzelbestimmungen des BGB, z. B. den §§ 1976, 1991 II, 2143, 2175, 2377 abgeleitete allgemeine Satz zu gelten, daß eine Forderung infolge einer Vereinigung nur dann erlischt, soweit kein schutzwürdiges Interesse an ihrem Fortbestand besteht³. Soweit ein solches Interesse, wie hier das der Anteilinhaber, anzuerkennen ist, wird sie als fortbestehend behandelt.

Führt somit eine interessengerechte Abwägung zu dem Ergebnis, daß trotz Identität von Gläubiger und Schuldner Forderung und Schuld aufrechterhalten bleiben⁴, so fragt sich, ob mit dieser

1 Vgl. oben S. 32.

2 Vgl. Tormann, "Die Investmentgesellschaften", S. 41.

3 Vgl. Staudinger-Lehmann, Vorbem. § 1942, Anm. 4.

4 Rechtsbeziehungen für den Fall des § 1978 III BGB werden bei Staudinger-Coing, Vorbem. § 90 Anm. 17 mit einer Identität von Gläubiger und Schuldner erklärt.

Aussage ein neuer Begriff des Schuldverhältnisses geschaffen worden ist. Denn nach Meinung Pappenheims läßt sich ohne eine Personifikation des SV das Bestehen von Schuldverhältnissen zwischen diesem und dem Eigenvermögen ernsthaft nur behaupten, wenn dabei von dem allgemein herrschenden und in § 241 BGB definierten Begriff des Schuldverhältnisses abgewichen würde¹.

In der Tat scheint zwischen dem unserem Rechtssystem zugrundegelegten, mindestens zwei Subjekte erfordernden Begriff des Rechtsverhältnisses und der Existenz von Gläubiger- und Schuldnerschaft in einer Person ein unlösbarer Gegensatz zu bestehen. Man braucht sich aber in diesem Fall nicht mit dem "schlichten Eingeständnis einer Systemwidrigkeit" zu begnügen², falls man berücksichtigt, daß die tatsächlich einheitliche Rechtsperson als mögliche Trägerin von Rechten und Pflichten bei juristischer Betrachtungsweise das Zuordnungssubjekt verschiedener separierter Vermögensmassen ist. Forderung und Schuld finden zwar ihren Bezugspunkt in der KAG, aber die Forderung gehört darüber hinaus zum SV, während die Schuld aus dem Eigenvermögen zu tilgen ist.

Mit dem herrschenden Begriff des Schuldrechtsverhältnisses ist es durchaus zu vereinbaren, wenn man die Rechtsbeziehung in dem zu Anfang gegebenen Beispiel als ein subjektives Schuldverhältnis zwischen der KAG als Träger des SV und der KAG als Träger ihres Eigenvermögens bezeichnet, aus dem heraus die KAG als Träger ihres Eigenvermögens verpflichtet ist, eine Schadensersatzleistung an sich als Träger des SV zu erbringen³. Ebenso wie jeder Gesamthänder als Mitträger eines SV eine ge-

1 Vgl. Pappenheim, "Handbuch des Seerechts", S. 64.

2 Vgl. dazu allgemein Larenz, Methodenlehre, S. 332, im Zusammenhang mit der Problematik des "lückenlosen" Systems der abstrakten Rechtsbegriffe; als weitere Ausweichmöglichkeit führt er die Fiktion an.

3 Zum Problem der Geltendmachung der Sondervermögensforderung vgl. unten § 6.

spaltene Rechtsperson ist¹, so ist auch die KAG, einmal als Träger des SV, zum anderen als Träger des Eigenvermögens als gespaltene Rechtspersönlichkeit berechtigtes und verpflichtetes Subjekt der Rechtsbeziehung.

Zu den Subjekten der hier zu untersuchenden Rechtsverhältnisse gelangt man also durch eine juristische Spaltung der grundsätzlich einheitlich zu denkenden Rechtspersönlichkeit als einer notwendigen Folge der vom Gesetzgeber selbst herbeigeführten Spaltung des ansonsten einheitlichen Vermögens. Nach heute h. M.² ist das Element, das aus einer Vielheit wirtschaftlicher Güter die Einheit eines Vermögens schafft, in der Zuordnung aller Vermögensrechte auf dasselbe Rechtssubjekt zu erblicken. Die Einheit des Vermögens wird bedingt durch die Zuordnung auf einen einheitlichen Rechtsträger. Nach unserer Rechtsordnung besteht im Normalfall eine Kongruenz von Vermögen und Vermögenssubjekt.

Diese Rechtslage ändert sich aber dann, wenn der Gesetzgeber in Verfolgung eines spezifischen Zweckes einen Vermögenskreis aus dem Gesamtvermögen des Rechtsträgers durch eine rechtliche Sonderbehandlung abtrennt, ohne daß er ihn gleichzeitig einem eigens geschaffenen Subjekt zuweist. Zwar verhält sich die Einheit des Vermögens zu der Einheit des Subjekt wie die Folge zum Grund, umgekehrt wirkt aber die gesetzliche Spaltung des sonst einheitlichen Vermögens auf die tatsächliche Einheit des Rechtsträgers zurück, da er nun zum Träger der einander widerstreitenden Interessen zwischen Eigen- und Sondervermögensmassen geworden ist³. Aus Gründen rechtlich einwandfreier Konstruktionen muß die grundsätzlich als Einheit zu denkende Rechtspersönlichkeit in so viele juristische Rechtsträgerschaften zerfallen, wie sie verselbständigte Vermögensmassen besitzt.

1 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", 6. Aufl., § 38 I; abschwächend aber in der 7. Aufl., S. 224, in der er nur von einer Spaltung der Fähigkeit zum rechtsgeschäftlichen Handeln spricht.

2 Vgl. Enneccerus-Nipperdey I, § 131 III; Staudinger-Boehmer, § 1922, Anm. 68.

3 Ähnlich Diss. Brandt, S. 63.

Die KAG als ein bei natürlicher Betrachtungsweise identischer Rechtsträger ist daher als Träger ihres Eigenvermögens und der verschiedenen SV ein insoweit verschiedener juristischer Rechtsträger^{1 2}.

Für die hier zu behandelnden Rechtsbeziehungen bedeutet das, daß vom allgemein üblichen Begriff des Schuldverhältnisses i. S. des § 241 BGB nicht abgegangen zu werden braucht. Weiterhin läßt sich nunmehr gegen die formallogische Beweisführung im Bereich des Konfusionsproblems³ der begriffsjuristisch ebenso berechnigte Gegeneinwand erheben, daß keine inkompatiblen Eigenschaften in einer Person zusammentreffen, wenn wegen der Existenz von SV verschiedene juristische Rechtsträger Gläubiger bzw. Schuldner der Obligation sind.

1 Vgl. entsprechend Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 36 I 8, S. 217 für den Fall mehrerer gesamthänderischer SV bei identischen Gesamthändern.

2 Obwohl sie den Ausdruck "gespaltenes Rechtssubjekt" nicht gebrauchen, werden all die als Anhänger der Spaltungstheorie angesehen werden müssen, die bei den kraft Gesetzes entstandenen Rechtsbeziehungen vom Erben oder Gemeinschaftsdner "als solchem", d.h. als Träger des SV einerseits und als Träger des Eigen- bzw. konkursfreien Vermögens andererseits sprechen. Vgl. zu § 1976 BGB: Erman-Bartholomeyczik, § 1976 Anm. 2; Staudinger-Lehmann, § 1976 Anm. 8; zu § 1978 III BGB: Erman-Bartholomeyczik, § 1978 Anm. 5; Lange, "Erbrecht", § 51, 2 c S. 653, Fußn. 3; Staudinger-Lehmann, § 1978 Anm. 26; zu § 225 KO: Jaeger, 6. /7. Aufl., § 225 Anm. 1, allgemein auch Jaeger-Lent, § 1 Anm. 50 a. E.; im prozessualen Bereich: Kisch in Festg. der juristischen Fakultäten für das R-G., Bd. VI, S. 28; Rosenberg, § 39 III 1, S. 166; vgl. auch unten S. 140 Fußn. 1. Eine Aufspaltung, eine "Verdopplung" des Subjekts (Gemeinschaftsdners) erwägt ferner Brecher, "Das Unternehmen als Rechtsgegenstand", S. 111, Anm. 110; gegen die Spaltungstheorie, allerdings ohne Begründung Böttcher in ZZP 77, 60 Fußn. 11 a. E., auch in ZZP 71, 319, 1. Sp.

3 Vgl. oben S. 46.

Auch die Vorschrift des § 8 III, die u. a. dem Schuldner einer Sondervermögensforderung die Aufrechnung mit einer gegen die KAG gerichteten Forderung untersagt, läßt sich mit Hilfe der Spaltungstheorie ungezwungen unter Hinweis auf eine mangelnde Gegenseitigkeit, § 387 BGB, erklären, weil der Investmentfonds als SV gegenüber dem Eigenvermögen der KAG so behandelt wird, als stünde er einem besonderen Rechtsträger zu, obwohl er ihr ebenso zugeordnet ist wie ihr Eigenvermögen¹.

Wenn im folgenden von Ansprüchen des SV gegen das Eigenvermögen oder umgekehrt von Ansprüchen des Eigenvermögens gegen das SV gesprochen wird, so soll unter dieser abgekürzten Ausdrucksweise verstanden werden "die Kapitalanlagegesellschaft als Träger des SV und als Träger des Eigenvermögens".

- d) Kritik an abweichenden Meinungen, die das subjektive Element der Rechtsbeziehungen aus der Stellung der Sondervermögensverwalter herleiten

Unabhängig voneinander kommen Hunn und Windscheid zu anderen Ergebnissen als dem oben unter c) erarbeiteten. Beide stimmen untereinander lediglich im Ausgangspunkt darin überein, daß Rechtsbeziehungen zwischen den Vermögensmassen nur in den Fällen der SV unter fremder Verwaltung möglich sein sollen. Andernfalls müßten sie wegen der Identität des Rechtssubjekts durch Konfusion untergehen². Bei den SV mit getrennter Verfügungsmacht dagegen könnten Rechtsbeziehungen zwischen SV und allgemeinem Vermögen existieren, da sich hier in dem Verwalter und dem Vermögenseigner zwei nichtidentische Subjekte gegenüberstünden.

Bevor dieses Ergebnis einer Kritik unterzogen werden kann, müssen zuvor in der gebotenen Kürze dessen tragende Argumente dargestellt werden.

-
- 1 Vgl. in Parallele dazu die Ausführungen bei Erman-Bartholomeyczik, +§ 1977, Anm. 2.
2 Vgl. Diss. Windscheid, S. 67; Diss. Hunn, S. 62 schreibt, daß "sowohl die Subjekte wie der Gegenstand fehlen würden", auch S. 67.

da) Hunn

Nach Hunn sind Rechtsverhältnisse zwischen Eigen- und Sondervermögen echte subjektive Schuldverhältnisse allein zwischen den Sondervermögensverwaltern auf der einen und den Vermögenseignern auf der anderen Seite¹.

Als ein Anhänger der Amtstheorie erklärt Hunn die materiellrechtliche Machtstellung der Verwalter zur Rechtsausübung im eigenen Namen aus einem "absoluten Herrschaftsrecht", das alle Sondervermögensgegenstände umfaßt, solange sie zum SV gehören².

Aus diesem absoluten Herrschaftsrecht folgt nach ihm eine doppelte Rechtsnatur³ jeder Sondervermögensforderung sowie jeder Verbindlichkeit, die aus dem SV zu erfüllen ist. Macht der Verwalter eine zum SV gehörende Forderung gegen Dritte geltend, so verfolgt er damit einmal den Anspruch des Vermögenseigners auf Leistung schlechthin, zum anderen seinen eigenen aus dem absoluten Herrschaftsrecht sich ergebenden Anspruch auf Leistung zu dem seinem absoluten Recht unterstellten SV⁴. Erhebt umgekehrt ein Dritter eine Forderung gegen den Vermögensträger, für die er mit dem SV haftet, so besteht einmal die Schuld des Vermögensträgers zur Erbringung der Leistung und gleichzeitig die Schuld des Verwalters auf Zurücktreten mit seinem absoluten Herrschaftsrecht⁵. Richtet sich eine Sondervermögensforderung nun nicht gegen Dritte, sondern gegen den Eigner und hat nicht ein Dritter, sondern der Eigner eine Forderung gegen das SV, so geht infolge der Vereinigung nur die Forderung bzw. Schuld des Vermögensträgers unter. Dagegen bleibt die eigene Forderung bzw. Schuld des Verwalters bestehen, da insoweit ein Zusammentreffen von Forderung und Schuld in der gleichen Person

1 a. a. O., S. 60; Zusammenfassung, S. 107.

2 a. a. O., S. 34, 42.

3 a. a. O., S. 60, letzte Zeile.

4 a. a. O., S. 44.

5 a. a. O., S. 49 ff.; Zusammenfassung S. 58.

ja nicht vorliegt¹. Folglich sind Rechtsbeziehungen zwischen SV und Eigenvermögen subjektive Schuldverhältnisse zwischen Verwalter und Eigner als nichtidentischen Gläubigern und Schuldnern.

db) Windscheid

Eine gewisse Ähnlichkeit mit diesem von Hunn erarbeiteten Ergebnis hat der schon vorher von Windscheid aufgestellte Konstruktionsversuch.

Rechtsbeziehungen zwischen SV mit getrennter Verfügungsmacht erklären sich nach ihm als subjektive Schuldverhältnisse zwischen dem Vermögenseigner allein einerseits und diesem sowie dem Verwalter zusammen als Sondervermögenssubjekte andererseits². Grundlage dieser Konstruktion bildet die These, daß der Vermögensträger und der Sondervermögensverwalter gemeinsam in einer Art gesamthänderischer Rechtszuständigkeit das Rechtssubjekt sämtlicher Sondervermögensrechte seien³. Die weitere Konsequenz aus dieser Auffassung zieht er an anderer Stelle, wenn er ausführt, bei Beendigung der Sondervermögensverwaltung müsse der "Anteil" des Verwalters dem Vermögensträger "anwachsen", so daß diesem das gesamte Recht wieder allein zustehe⁴.

Windscheid gelangt also dadurch zu zwei nichtidentischen Subjekten der Rechtsverhältnisse, daß er die Innehabung der Sondervermögensrechte dem Vermögensverwalter und dem Vermögenseigner nach der Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung gemeinsam zubilligt.

dc) Zusammenfassende Kritik

Da die Autoren der oben dargestellten Meinungen davon ausgehen,

1 a. a. O., S. 59 ff.; insbesondere S. 61 oben.

2 Diss. Windscheid, S. 68, 71.

3 a. a. O., S. 60, 62, § 7 S. 63 a. E.

4 a. a. O., S. 73 a. E.

daß die Rechtsbeziehungen nur bei SV unter fremder Verwaltung möglich seien¹, lassen sich ihre Lösungsversuche schon deshalb nicht auf die Investmentfonds nach der Treuhandlösung übertragen, weil es sich bei ihnen um SV unter der eigenen Verwaltung des Rechtsträgers handelt.

Unabhängig davon ergeben sich vor allem dogmatische Bedenken gegen die von Hunn aus dem sog. absoluten Verwaltungsrecht abgeleitete doppelte Rechtsnatur jeder Sondervermögensforderung und Verbindlichkeit sowie gegen die von Windscheid vorgetragene These der Anwendung des Gesamthandsprinzips im Verhältnis Sondervermögensverwalter zu Sondervermögenssubjekt.

Eine doppelte Rechtsnatur des Forderungsrechts würde auf eine Spaltung des subjektiven Rechts, auf eine im Gesetz nicht vorgesehene Art das Recht zerteilender Verfügung hinauslaufen². Das Forderungsrecht würde in zwei selbständige Teile zerrissen, so daß nur je eine Forderung dem Verwalter sowie dem Vermögens-eigner zustünde. In Wahrheit bleibt das Recht und damit die Rechtszuständigkeit als formale Objektszuordnung ungeteilt beim Sondervermögensträger. Lediglich die Rechtsausübung, hier das Recht zur Geltendmachung, die Einziehungsmacht wird vom Rechtsträger getrennt und auf den Verwalter übertragen.

Wenn Windscheid glaubt, die Macht der Verwalterpersonen zur Verfügung über fremde Rechte nur durch eine eigene Mitinhaberschaft erklären zu können³, so deshalb, weil auch ihm wohl die dogmatische Unterscheidung der Trennung von Rechtszuständigkeit und Rechtsausübungsbefugnis unbekannt ist. Dieser von Hirsch⁴

1 Eine ausdrückliche Begründung dafür versucht allerdings nur Hunn, Diss. S. 62 ff.

2 Vgl. Larenz I, S. 358 Fußn. 2 im Zusammenhang mit dem Streit um die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlich erteilten Einziehungsermächtigung.

3 a. a. O., S. 62.

4 Vgl. Hirsch, "Die Übertragung der Rechtsausübung", S. 24 ff.; 178, 187.

schon im Jahre 1910 allgemein herausgearbeitete Unterschied wurde einige Jahre später von Ludewig aufgegriffen, der aus der Lehre der Überlassung der Rechtsausübung die konsequente Folgerung für das Institut der Ermächtigung im speziellen zog¹. Im Anschluß an ihn² rechtfertigt sich nach fast einhelliger Ansicht im Schrifttum die Ermächtigung als die Überlassung der Rechtsausübung seitens des Rechtsträgers an einen rechtsfremden Dritten, durch die dieser die Befugnis erhält, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft einzuwirken³. Grundsätzlich gehören Rechtssubjekt, Innehabung eines subjektiven Rechts und Rechtsausübung ungetrennt zusammen. Bei den SV unter fremder Verwaltung liegt zwar die Rechtsinnehabung ungeteilt beim Vermögenseigner als Träger des SV, nur die Rechtsausübungsbefugnis geht auf den Verwalter über, dessen eigenrechtliche Machtstellung sich folglich, wie schon an anderer Stelle erwähnt⁴, aus einer alle Rechtshandlungen umfassenden gesetzlich erteilten Ermächtigung herleitet.

In dem hier interessierenden Zusammenhang ist daraus die Folgerung zu ziehen, daß auch bei dem SV unter fremder Verwaltung Gläubiger eines gegen den Vermögenseigner gerichteten Sondervermögensanspruchs nur er selbst als Träger des SV sein kann, der allerdings während des Sonderungsverfahrens unter Ausschluß seiner Verfügungsmacht vom Verwalter auf Grund einer gesetzlichen Einziehungsermächtigung geltend gemacht wird⁵. In dieser Erscheinung ist aber weder eine Spaltung und Verdoppelung des Rechts in dem Sinne zu sehen, daß Gläubiger des Sondervermögens-

-
- 1 Vgl. Ludewig, "Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht", S. 6.
 - 2 a. a. O., S. 2.
 - 3 Vgl. Lehmann/Hübner, S. 334; Soergel-Schultze v. Lasaulx, Vor § 182 Anm. 16; Staudinger-Coing, Vorbem. § 164 Anm 63.
 - 4 Vgl. oben S. 22 Fußnote 4.
 - 5 So auch für den Sondervermögensanspruch des § 1978 II gegen den Erben, s. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 54 A 1. Abschnitt II 7 b, ee, S. 355.

anspruchs nun sowohl der Verwalter als auch der Eigner sind (so Hunn), noch eine gemeinsame gesamthänderische Berechtigung, so daß Verwalter und Eigner als Gesamthandsgläubiger betrachtet werden müssen (so Windscheid).

Die vorstehende Kritik bestätigt die Richtigkeit der Auffassung, wonach Rechtsbeziehungen zwischen SV und Eigenvermögen der KAG nur subjektive Schuldverhältnisse zwischen dieser als einem juristisch gespaltenem Rechtsträger sein können.

§ 6 Die Verfügungsbefugnis über Sondervermögensforderungen, die gegen die Kapitalanlagegesellschaft als Träger ihres Eigenvermögens gerichtet sind

1. Problemstellung und § 11 VIII Ziff. 1 KAGG

Bevor nach der abschließenden Behandlung dieses Fragenkomplexes weitere Fälle möglicher Rechtsbeziehungen aufgezeigt werden, ist vorweg noch ein weiteres Problem zu lösen, das sich jedesmal dann stellt, wenn Ansprüche des SV gegen das Eigenvermögen gegeben sind.

Wäre die Kapitalanlagegesellschaft als Rechtsträger der Sondervermögensforderung selbst zur Einziehung in das SV oder zu anderen Verfügungen, wie z. B. Zessionen an Dritte, befugt, so wäre der Sondervermögenszweck wegen der bestehenden Interessenkollision augenscheinlich gefährdet. Es würde dem Grundsatz der Substanzerhaltung des SV zuwiderlaufen, falls es ausschließlich in den Händen der Organe der verpflichteten KAG läge, einen vielleicht noch dem Grunde und der Höhe nach streitigen Anspruch des SV durch eine freiwillige Leistung aus deren eigenem Vermögen in die Zuständigkeit des SV zu erfüllen-

Bei den SV mit getrennter Verfügungsmacht entsteht dieser Konflikt nicht, da bei diesen, wie gezeigt, allein der Sondervermögensverwalter unter Ausschluß der Verfügungsmacht des Rechtsträgers kraft seiner Einziehungsermächtigung verpflichtet und befugt ist, die Forderung zu realisieren.

Wie gestaltet sich aber die Rechtslage bei den SV der Treuhandlösung, die unter derselben, wenn auch beschränkten Verfügungsmacht des Rechtsträgers stehen?

Die im Interesse der Anteilhaber befriedigendste Lösung wäre die, wenn eine von der KAG tatsächlich verschiedene Rechtsperson die Sondervermögensforderung betreiben dürfte. Im folgenden geht es darum, anhand des KAGG einen methodisch einwandfreien Weg zu finden, der diese Möglichkeit eröffnet. Das von der

KAG in der Willensbildung unabhängige Subjekt könnte auf Grund der Vorschrift des § 11 VIII Ziff. 1 lediglich die Depotbank sein. Danach ist "die Depotbank berechtigt und verpflichtet, im eigenen Namen Ansprüche der Anteilinhaber gegen die Kapitalanlagegesellschaft ... geltend zu machen". Ausgehend von einer strikten Wortinterpretation¹ deckt aber der genaue Wortlaut dieser Bestimmung offensichtlich nicht die hier anstehenden Fälle, in denen Gläubiger der gegen die KAG gerichteten Ansprüche nicht die Anteilinhaber, sondern die KAG selbst in ihrer Eigenschaft als Träger des SV ist.

Es fragt sich daher, ob die Norm des § 11 VIII Ziff. 1 über ihren strikten Wortlaut hinaus auf die in unserem Fall vorliegenden Tatbestände angewendet werden kann. Eine solche Erweiterung könnte mittels einer extensiven Interpretation oder einem Analogieschluß zu § 11 VIII Ziff. 1 erreicht werden.

2. Analoge Anwendung des § 11 VIII Ziff. 1 auf die Treuhandlösung

a) Das Bestehen einer Gesetzeslücke

Eine erweiternde, lediglich berichtigende Auslegung innerhalb dessen, was eine Norm ihrem eigenen Sinne nach besagt², findet dort ihre Grenze, wo der mögliche Wortsinn die Entscheidung nicht mehr deckt³.

§ 11 VIII Ziff. 1 gibt der Depotbank expressiv verbiis eine Einziehungsermächtigung nur für solche Ansprüche, die den Anteilinhabern gegen die KAG zustehen. Der Wortlaut des Tatbestandsmerkmals "Ansprüche der Anteilinhaber" besitzt neben seinem festen

1 Als dem Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung. Vgl. Bartholomeyczik, "Kunst der Gesetzesauslegung", S. 18 ff.

2 Als Rechtsfindung "secundum legem" zu unterscheiden von der echten Rechtsfortbildung "praeter legem", deren Hauptbeispiel die Analogie ist. Vgl. Engisch, S. 105 a. E.

3 Dies besagt die sog. "Andeutungstheorie". Vgl. Larenz, NJW 1965. 5, Fußn. 17 m. w. N.; derselbe, Methodenlehre, S. 259 f.; auch Engisch, S. 146.

"Bedeutungskern" keinen nach den Rändern hin immer mehr verschwimmenden "Bedeutungshof"¹, der auch noch das Merkmal "Ansprüche der KAG als Träger des SV umfassen könnte. Eine so weitgehende Auslegung würde die Grenze des möglichen Wortsinnes überschreiten, gleichgültig welche Wertungsgedanken sich hinter dieser Norm verbergen.

Zu einer Anwendung der Rechtsfolge des § 11 VIII Ziff. 1 auf die hier zu entscheidenden Fälle kommt man also nicht mehr durch eine extensive Interpretation, sondern allenfalls noch im Wege einer Analogie als Fortsetzung der Auslegung auf anderer Stufe². Notwendige Voraussetzung dafür ist aber, wie bei jeder Rechtsergänzung, das Vorliegen einer Gesetzeslücke.

Bei der Lückenfeststellung handelt es sich nicht etwa nur um eine formallogische Feststellung, sondern um einen Erkenntnisvorgang, der unausweichlich mit einer Wertung verbunden ist. Das liegt darin begründet, daß der Rechtsbegriff der Lücke als konstitutives Element die "planwidrige Unvollständigkeit" einer gesetzlichen Regelung in sich birgt³.

Ein Gesetz ist dann planwidrig unvollständig, d. h. lückenhaft, wenn es an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie⁴ gemessen, unvollständig⁵, also ergänzungsbedürftig ist.

Lückenhaft und somit ergänzungsfähig und ergänzungsbedürftig wäre demnach das KAGG nur, falls es in § 11 VIII Ziff. 1 ein- und

1 So die bekannte Unterscheidung von Philipp Heck, vgl. Heck, Gesetzesauslegung, S. 173; Larenz, Methodenlehre, S. 234 gebraucht statt dessen den Begriff "unscharfe Ränder".

2 Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 273 ff.

3 Vgl. Canaris, S. 16, 31; Engisch, S. 138 a. A.; Larenz, a. a. O., S. 286 m. n. N.

4 Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 283, 286; ebenso in NJW 1965, 2

5 Noch weiter gehend Canaris, S. 38, der die Unvollständigkeit eines Gesetzes an den immanenten Wertungsgrundsätzen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung mißt. Ob der weiteren Fassung des Lückenbegriffes von Canaris der Vorzug zu geben ist, läßt Larenz, NJW 1965, 2, Fußn. 9 dahingestellt bleiben.

denselben vergleichbaren Sachverhalt zwar für die Miteigentums-, nicht aber für die Treuhandlösung gesetzlich regelt. Eine über die bloße Zuordnungsmöglichkeit hinausgehende rechtlich unterschiedliche Behandlung der Treuhand- von der Miteigentumlösung würde dem Gleichheitssatz in seiner positiven Form - gleichartige Tatbestände gleich zu behandeln - widersprechen¹.

Kann methodisch einwandfrei das Bestehen einer Lücke nur dadurch nachgewiesen werden, daß der gesetzlich geregelte Tatbestand des § 11 VIII Ziff. 1 mit dem nicht geregelten auf seine für die fragliche Rechtsfolge maßgebliche Ähnlichkeit hin unter Zuhilfenahme des Gleichheitssatzes verglichen wird, so handelt es sich sachlich um nichts anderes als um Ziehung eines Analogieschlusses schon bei Feststellung der Lücke. Damit steht dann gegebenenfalls auch ihre Ausfüllung fest². Die Analogie als teleologisches Schlußverfahren³ dient mithin nicht nur und in erster Linie als Mittel zur Ausfüllung von Gesetzeslücken, sondern auch bereits ihrer Feststellung⁴. Ob diese methodologische Erkenntnis sich auch im vorliegenden Falle bestätigt, läßt sich nur beantworten nach Prüfung der hinter § 11 VIII Ziff. 1 stehenden rechtlichen Wertung an Hand objektiv-teleologischer Kriterien⁵, anhand der rechtspolitischen Zwecksetzung⁶.

b) Die rechtspolitische Zwecksetzung des § 11 VIII Ziff. 1

Um die rechtspolitische Zwecksetzung des § 11 VIII Ziff. 1 erkenn-

-
- 1 Nach Auffassung v. Caemmerer's, JZ 1958, 46, 2. Sp. bestehen nach dem KAGG keine Unterschiede in rechtlichen Wirkungen. Es sei lediglich eine "Frage der Etikettierung", ob man von Treugut oder Miteigentum spreche.
 - 2 Canaris, S. 148 spricht in diesem Zusammenhang von "notwendiger Analogie".
 - 3 Darin wurde aber bisher das Hauptaufgabenfeld der Analogie erblickt; vgl. z. B. Engisch, S. 142.
 - 4 So zum ersten Male deutlich herausgearbeitet von Canaris, S. 72; vorher aber schon Larenz, Methodenlehre, S. 291.
 - 5 Vgl. Larenz, a. a. O., S. 288.
 - 6 Vgl. Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 40, 46, der diesen Begriff vermittelnd im Streit zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie gebraucht.

bar werden zu lassen, sind die von dieser Vorschrift berührten Interessen sowie die darin enthaltenen Rechtswerte und Richtigkeitsgedanken näher herauszuarbeiten¹.

Soweit sich die Spezialliteratur zum KAGG überhaupt mit § 11 VIII Ziff. 1 befaßt, wird durchweg die Meinung vertreten, die Depotbank habe nur deshalb eine Verfügungsermächtigung über die Forderungen der Anteilinhaber eingeräumt bekommen, weil wegen der unübersehbaren Anzahl der Anteilinhaber, die keine eigene Organisation haben, eine gemeinsame Geltendmachung der Forderung praktisch undurchführbar sei².

Wäre der rechtspolitische Zweck der Übertragung der Verfügungsbefugnis auf die Depotbank wirklich nur darin zu sehen, daß andernfalls die Einziehung der Forderung wegen der großen Zahl der Anspruchsberechtigten auf praktische Schwierigkeiten stoßen würde, so würden die zu vergleichenden Tatbestände in dem für die Rechtsfolge maßgeblichen Punkt nicht übereinstimmen, mithin würde auch keine planwidrige Unvollkommenheit des KAGG vorliegen. Alleiniger Gläubiger in den hier interessierenden Fällen ist nur die Kapitalanlagegesellschaft als Träger des SV. Eine Vielzahl von Anspruchsberechtigten liegt nicht vor. Diese Deutung des rechtspolitischen Zwecks der Norm kann aber nicht richtig sein, wie anhand des oben gewählten Eingangsbeispiels³ nun für die Miteigentumslösung nachzuweisen ist.

Begeht die Kapitalanlagegesellschaft an einem nach der Miteigentumslösung aufgebauten Fonds eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung⁴, so steht dieser Anspruch gegen die Kapitalanlage-

1 Vgl. Bartholomeyczik, "Kunst der Gesetzesauslegung", S. 47.

2 Vgl. Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 87; Geßler, in WM 1957, S. 22; Diss. Schäcker, S. 125; wohl auch Siara-Tormann, § 11 VIII S. 51.

3 Vgl. oben S. 39.

4 Allenthalben wird betont, daß unter Ansprüchen der Anteilinhaber gegen die KAG in erster Linie "Schadensersatzansprüche" zu verstehen sind. Vgl. Dürre-Full, § 9 Anm. 1; Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 107; Geßler in WM 1957, ebenda; Diss. Reuter, S. 154; Diss. Schäcker, ebenda.

gesellschaft zweifellos den Anteilhabern als den geschädigten Rechtssubjekten zu, aber wegen der auch hier wirkenden dinglichen Surrogation den Anteilhabern in ihrer besonderen Eigenschaft als Trägern des SV. Jede Sondervermögensforderung untersteht, wie alle anderen Sondervermögensgegenstände bei der Miteigentümlösung auch, der ausschließlichen Verfügungsermächtigung der Kapitalanlagegesellschaft aus § 8 I i. V. mit § 17 III Satz 3¹. Die Anteilhaber als Träger der Forderung sind also rechtlich gar nicht in der Lage, sie geltend zu machen², so daß sich das Problem der Vielzahl der Anspruchsberechtigten in Wahrheit gar nicht stellt. Es müssen daher andere Wertungs- und Richtigkeitsgedanken sein, derentwegen es zu einer Übertragung der Verfügungsmacht über solche Forderungen auf die Depotbank kam.

In erster Linie sind die Anteilhaber daran interessiert, daß ihnen infolge der treuhänderisch übertragenen Verwaltungsbefugnis bezüglich der Sondervermögensgegenstände auf die Kapitalanlagegesellschaft nicht die Gefahr eines Vermögensnachteils erwächst. Dem trägt der Gesetzgeber u. a. dadurch Rechnung, daß er in den Absätzen II und III des § 8 die Verfügungsmacht der Kapitalanlagegesellschaft zweckgerichtet beschränkt. Demgegenüber liegt es im Interesse der Kapitalanlagegesellschaft, möglichst frei von verfassungsrechtlichen Beschränkungen ihre Anlagetätigkeit in eigener Verantwortung entfalten zu können.

Hätte der Gesetzgeber das Interesse der Kapitalanlagegesellschaft an einer möglichst ungebundenen Verfügungsmacht für schutzwürdiger gehalten als die vermögensrechtlichen Belange der Anteilhaber, so wäre Sinn und Zweck des § 11 VIII Ziff. 1 völlig unverständlich, da er in bestimmten Fällen der Depotbank eine Befugnis einräumt, die sonst ungeteilt bei der Kapitalanlagegesellschaft liegt.

1 Vgl. oben S. 20 f.

2 A. M. aber Diss. Klenk, S. 95 f.; Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 114 f.

So aber kann die rechtspolitische Zwecksetzung dieser Norm nur in einer Lösung des hier auftauchenden Interessengegensatzes zugunsten der Anteilinhaber gesehen werden. Die Depotbank soll deshalb eine Forderung der Anteilinhaber gegen die Kapitalanlagegesellschaft geltend machen können, weil andernfalls die aus der Forderung verpflichtete Kapitalanlagegesellschaft zugleich die ausschließliche Verfügungsbefugnis besäße; ein Ergebnis, das sich mit dem Grundsatz der Substanzerhaltung des SV im Interesse der Anteilinhaber schwerlich vertragen hätte. Aus diesem Grunde wurde die Depotbank als ein außerhalb des Interessenkonfliktes stehender Dritter berechtigt und verpflichtet, die den Anteilinhabern zustehende, zum SV gehörende Forderung einzuziehen.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses bestätigt sich dann, wenn man die Vorschrift des § 11 VIII Ziff. 1 in ihrem systematischen Zusammenhang¹ sowie die Normvorstellungen der an der Gesetzgebung zum KAGG beteiligten Personen berücksichtigt². Zwar findet sich speziell zu § 11 VIII Ziff. 1 kein erläuternder Hinweis des historischen Gesetzgebers, doch steht fest, daß das KAGG als Ganzes vornehmlich zum Schutz der Investmentsparer erlassen wurde, um die mit dem Investmentgedanken verknüpften kapitalmarkt- und sozialpolitischen Ziele verwirklichen zu können³. Diesem dem KAGG immanenten Schutzzweck zu Gunsten der Anteilinhaber dient vor allem die Einschaltung der Depotbank, deren Befugnis und Pflichten in den verschiedenen Absätzen des § 11 niedergelegt sind. Absatz VIII Ziff. 1 des § 11 dient nun insoweit dem Schutz der Anteilinhaber, als er für den Fall des Zusammenstreffens von Verpflichtung und Verfügungsbefugnis in der Person der Kapitalanlagegesellschaft bei der Miteigentumslösung die

-
- 1 Vgl. Bartholomeyczik, "Kunst der Gesetzesauslegung", S. 62.
 - 2 Zu diesem Auslegungskriterium vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 247 ff.
 - 3 Vgl. dazu den Bericht des Ausschusses für Geld und Kredit, Bundestagsdrucksache Nr. 2973 (neu) vom 10. 1. 1957 2. Wahlperiode 1953, S. 2.

Verfügun^gsma^cht auf die Depotbank übergehen läßt. Damit fügt sich der Zweck der Einz^elvorschrift sinnvoll in das "Ganze der rechtlichen Zwecke" ein¹.

- c) Analogie zu § 11 VIII Ziff. 1 sowohl als Mittel der Lückenfeststellung als auch der Lückenschließung

Die mit § 11 VIII Ziff. 1 verfolgte rechtspolitische Zwecksetzung läßt sich in Form eines analogen Obersatzes etwa folgendermaßen fassen:

Ist die KAG als verfügun^gsber^echtigter Sondervermögensverwalter selbst aus einer zum SV gehörenden Forderung verpflichtet, so soll wegen des bestehenden Interessengegensatzes nicht sie, sondern die Depotbank die Forderung geltend machen.

Derselbe Konflikt, der in § 11 VIII Ziff. 1 nur für die Miteigentums- lösung seine gesetzliche Lösung gefunden hat, besteht aber auch bei der Treuhandlösung, wenn Zuordnungssubjekt der Forderung nicht die Anteilinhaber, sondern die KAG als Träger des SV ist, wobei ihre Verfügungsbefugnis hier schon aus der Vollrechtsinnehabung folgt. Dadurch, daß der Gesetzgeber trotz der für die ausgespro- chene Rechtsfolge maßgeblichen Gleichartigkeit beider Tatbestände für Ansprüche des SV gegen das Eigenvermögen nicht dieselbe Rechtsfolge angeordnet hat, obwohl der positive Gleichheitssatz dies fordert², wird erst das Vorhandensein einer (teleologischen)³

1 Vgl. Larenz, a. a. O., S. 253.

2 Vgl. auch Larenz, "Methodenlehre", S. 288 a. A., nach dem die Zulässigkeit des Analogieverfahrens aus dem Postulat der Gerechtigkeit folgt, Gleichsinniges rechtlich gleich zu behandeln.

3 Nach dem Einteilungsvorschlag von Canaris, S. 141. Nach dem Schema der wichtigsten herkömmlichen Einteilungen des Lücken- begriffs handelt es sich wohl um eine unbewußte, anfängliche Regelungslücke (vgl. die Übersicht bei Canaris, a. a. O., S. 134ff. und bei Larenz "Methodenlehre", S. 280 ff.) Diese Regelungs- lücke war sicher deshalb schon bei Erlaß des Gesetzes unbewußt vorhanden, da der Gesetzgeber bei Schaffung des § 11, VIII Ziff. 1 nur die Miteigentumslösung vor Augen hatte, die bis dahin und noch später die einzige Organisationsform war, nach der die Investmentfonds aufgebaut waren. Vgl. Consbruch in BB 1957, 338, 2. Sp., Diss. Schäcker, S. 39.

Gesetzeslücke offenbar, deren gleichzeitige Ausfüllung durch den vorstehend durchgeführten Analogieschluß zu § 11 VIII Ziff. 1 zwingend feststeht¹. Ebenso wie die Depotbank bei der Miteigentumslösung berechtigt und verpflichtet ist, Ansprüche der Anteilhaber gegen die KAG geltend zu machen, so ist sie dazu auch dann berechtigt und verpflichtet, falls es sich um Forderungen des SV gegen das Eigenvermögen handelt.

3. Die konkurrierende Verfügungsbefugnis der Kapitalanlagegesellschaft

Ist die Depotbank analog § 11 VIII Ziff. 1 zu Verfügungen über Sondervermögensforderungen gegen das Eigenvermögen der KAG ermächtigt, so geht doch aus keiner Stelle des KAGG hervor, ob die aus der Vollrechtsinnehabung der KAG folgende Verfügungsmacht mit der Ermächtigung der Depotbank konkurriert, d. h. neben dieser weiterexistiert, oder ob die Depotbank allein, unter Ausschluß der Verfügungsmacht der KAG, Verfügungsbefugt sein soll.

Grundsätzlich hindert sowohl die rechtsgeschäftliche als auch die gesetzlich erteilte Verfügungsermächtigung als bloße Überlassung und damit Vervielfältigung der Rechtsausübung² den Rechtsträger nicht, neben dem Ermächtigten rechtswirksam zu verfügen. Es findet also keine Rechtsverdrängung in dem Sinne statt, daß durch die Übertragung der Rechtsausübung auf einen rechtsfremden Dritten die Rechtsausübung, d. h. Verfügungsmacht, des Rechtsinhabers beschränkt würde³. Im Bereich der rechtsgeschäftlich erteilten Verfügungsermächtigung kann eine dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung des ermächtigenden Rechtsinhabers wegen § 137 BGB

1 Vgl. auch oben S. 60.

2 Vgl. Hirsch, S. 175; auch v. Spreckelsen, S. 53 ff.

3 Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 42 X 1, S. 270, allerdings spricht von einer die Rechtsmacht des Erben verdrängenden Rechtsmacht des Testamentvollstreckers, führt dann zur Begründung die gesetzliche Ausübungsschranke des § 2211 I an.

ohnehin nicht erreicht werden¹. Wird jedoch ein Dritter kraft Gesetzes deshalb zu Verfügungen ermächtigt, damit die Verfolgung des Sondervermögenszwecks sichergestellt wird, so geht die gesetzlich erteilte Verfügungsermächtigung gewöhnlich Hand in Hand mit einer ebenfalls gesetzlich festgelegten Ausübungsschranke zu Lasten des Sondervermögensträgers, um dessen kollidierenden, den besonderen Zweck gefährdenden Verfügungen auszuschalten. Dieser Rechtsgrundsatz findet sich in seiner reinsten Form bei allen SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft mit getrennter Verfügungsmacht. Im Wege der Gesamtanalogie² läßt sich daher aus den §§ 1984 I, 2211 I BGB, 6 I KO als allgemeines Rechtsprinzip der Satz herleiten, daß der Sondervermögensträger insoweit nicht verfügen kann, wie die Rechtsmacht eines gesetzlich ermächtigten Dritten reicht.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch das vorliegende Problem zu lösen. Es würde der immanenten Teleologie des § 11 VIII Ziff. 1 widersprechen, wenn die KAG trotz der positivrechtlich ausgesprochenen Einziehungsermächtigung der Depotbank über die gegen ihr Eigenvermögen gerichteten Sondervermögensforderung verfügen könnte.

Ist die KAG als Träger des SV Gläubiger eines Anspruchs gegen ihr Eigenvermögen, so ist in Analogie zu § 11 VIII Ziff. 1 ausschließlich die Depotbank zur Geltendmachung berechtigt und verpflichtet.

1 Vgl. Siebert, S. 306 f.

2 Zur Methodik der Gewinnung eines allgemeinen Prinzips aus mehreren gesetzlichen Regeln vgl. Canaris, S. 97 ff.; Larenz, "Methodenlehre", S. 292 ff.

§ 7 Weitere außervertragliche Tatbestände, die zu Rechts-
beziehungen zwischen Sonder- und Eigenvermögen
führen können

Wurde bisher erst ein Beispiel gebildet, um daran die materiell-rechtliche Problematik der Rechtsbeziehungen zwischen den Vermögensmassen innerhalb des Kapitalanlagekomplexes aufzuzeigen und zu entwirren, so sollen im folgenden weitere Fälle genannt werden, in denen kraft Gesetzes Rechtsbeziehungen zwischen den SV bzw. zwischen einem SV und dem Eigenvermögen der KAG entstehen können. Dabei ist an die bereits oben gemachte Bemerkung zu erinnern¹, wonach die Möglichkeit von Rechtsverhältnissen zwischen freiem und SV aus der Notwendigkeit des ungeschmälernten Bestandes eines Vermögenskreises gegenüber dem andern folgt.

1. Tilgung einer Schuld der KAG aus einem intern nicht haftenden Vermögenskreis
 - a) Leistung aus dem SV für eine Verbindlichkeit aus einem Geschäft für Rechnung des Eigenvermögens

Für die Frage, aus welchen Gründen Schulden der KAG entstehen können, enthält das KAGG keine speziellen Normen. Es gelten die allgemeinen Grundsätze; insbesondere wird sie Schuldnerin kraft eines von ihr mit einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. Dabei ist stets zu beachten, ob die KAG als Träger mehrerer Vermögensmassen rechtsgeschäftlich mit Wirkung für und gegen ein SV oder ihr Eigenvermögen handelt.

Schließt die KAG z. B. mit einem Dritten einen Kaufvertrag, um Wertpapiere für ihr Eigenvermögen zu erwerben, die ihr auch übereignet werden, so hat die Zahlung des Kaufpreises aus Mitteln des eigenen Vermögens zu erfolgen. Sollte sie versuchen, die Kaufpreisschuld aus dem Bestand eines SV zu tilgen, so ist ihr dies trotz ihrer Verfügungsmacht wegen der Einschaltung der Depotbank

1 Vgl. oben S. 36.

praktisch nahezu unmöglich gemacht. Als unmittelbarer Besitzer sämtlicher Sondervermögensgegenstände ist die Depotbank zwar im Rahmen des zwischen ihr und der KAG bestehenden Vertragsverhältnisses¹ verpflichtet, auf deren Weisung hin den Kaufpreis für die Lieferung von Wertpapieren an den Verkäufer tatsächlich auszuhändigen, § 11 IV, aber nur dann, wenn der nach § 11 V zu bestimmende Gegenwert ins SV unter ihre Verwahrung gelangt. Diese in § 11 VI ausgesprochene Berechtigung und Verpflichtung hat zur Folge, daß keine Werte aus dem SV gelangen, wenn nicht vorher bei der Depotbank der Nachweis für den Eingang der entsprechenden Gegenwerte in das SV vorliegt².

Dennoch fragt es sich, auf welche Weise ein Ausgleich vollzogen werden kann, falls es der KAG gelingt, die Depotbank anzuweisen, das SV zu schmälern, ohne daß dem SV auch der Gegenwert zufließt.

In einem solchen Verhalten der KAG ist eine schuldhaftige Verletzung des zwischen ihr und den Anteilhabern bestehenden Investmentvertrages zu sehen, dessen Rechtsnatur als Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat (§ 675 BGB), unbestritten ist³. Die der KAG aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag den Anteilhabern gegenüber obliegende Sorgfaltspflicht erfährt durch § 9 I noch eine Verstärkung, die über den allgemeinen Haftungsmaßstab des § 276 BGB hinausgeht. Wird das SV auf Betreiben der Organe der KAG zwecks Befriedigung ihrer Eigengläubiger geschädigt, so macht sie sich nach den Grundsätzen der positiven Vertragsver-

1 Über Zustandekommen und Inhalt dieses Vertrages vgl. Diss. Schäcker, S. 67; ferner Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 113; Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 133.

2 Ebner v. Eschenbach, Diss., S. 124 zitiert in diesem Zusammenhang § 11 III Unifonds-Vertragsbedingungen: "Die Frankfurter Kassenverein AG (d. i. die Depotbank) liefert Fondswerte nur gegen Erstattung des Gegenwertes aus."

3 Schon vor Erlaß des KAGG; Barocka, S. 62; Meyer-Cording, ZfGH 115, 82; später: Berner, Rpfleger 1960, 34; Diss. Reuter, S. 109; Diss. Schäcker, S. 57; Diss. Klenk, S. 12.

letzung ersatzpflichtig¹.

Eine Parallele dazu läßt sich zur Rechtsstellung des Erben ziehen, der die Erbschaft zwar angenommen hat, aber in dem Zeitraum vor Anordnung der Nachlaßverwaltung oder vor Eröffnung des Nachlaßkonkurses Eigenschulden aus Nachlaßmitteln tilgt. Nach erfolgter separatio bonorum werden Rechtsgeschäfte des Erben, soweit es sich um die Zurechnung ihrer Rechtswirkung zum Nachlaß handelt, so bewertet, wie wenn eine Nachlaßabsonderung erfolgt wäre, §§ 1978, 1979 BGB².

Rückwirkend erhält damit der Erbe den Nachlaßgläubigern gegenüber die Stellung eines Beauftragten, § 1978 I 1 BGB, so wie die KAG immer den Anteilinhabern gegenüber die Stellung eines Geschäftsbesorgers hat, obwohl Nachlaß bzw. Investmentfonds in ihrer eigenen Zuständigkeit stehen. Berichtigt der Erbe vor Gütertrennung Eigenschulden aus Nachlaßmitteln, so macht er sich aus schuldhaft schlechter Verwaltung schadensersatzpflichtig³ (§ 276 BGB). Insoweit stimmt dieses Ergebnis mit der vorstehend für die Investmentfonds erarbeiteten Lösung überein.

§ 1978 I spricht von einer Verantwortlichkeit den Nachlaßgläubigern gegenüber, so daß Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung

-
- 1 Zur positiven Forderungsverletzung als Haftungsgrundlage im KAGG; vgl. Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 109; Diss. v. Dietel, S. 45 a. E.; Tormann in: Das Wertpapier 1967, 144, 2. Sp. Zwar bezweckt § 9 I, der inhaltlich dem § 347 I HGB vergleichbar ist, auch den Schutz der Anteilinhaber. Als Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB wird er aber nicht anzusehen sein. Ebenso wie § 347 I HGB lediglich eine Ergänzung des § 276 I 2 BGB bestimmt, vgl. Baumbach-Duden, § 347 Anm. 1 A, verschärft § 9 I den allgemeinen Haftungsmaßstab. Privatrechtliche Vorschriften sind keine Schutzgesetze i. S. des § 823 II BGB, wenn sie nur den Macht- und Pflichtenkreis des einzelnen zu bestimmen bezwecken. Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 235 I 1 b.
 - 2 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 50 IV a. E., S. 330.
 - 3 Vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 1979 Anm. 1; Soergel-Ehard-Eder, § 1979 Anm. 2.

der Geschäftsführungspflichten eigentlich den Nachlaßgläubigern zustehen müßten. Absatz II ordnet sie aber dem SV, d. h. dem Erben als Träger seines SV zu, da diese Ansprüche wegen des Liquidationszwecks die Gesamtheit aller Nachlaßgläubiger sichern sollen¹.

Auch bei den SV des KAGG, die in ihrem ungeschmälernten Bestand der Vermögensanlage aller Anteilhaber dienen sollen, steht ihnen als Vertragspartner der Ersatzanspruch nicht zu. Das folgt allerdings nicht aus einer solch außergewöhnlichen Zuordnungsvorschrift wie der des § 1978 II BGB², da hier, wie bereits an dem Eingangsbeispiel gezeigt, alle Ersatzansprüche kraft dinglicher Surrogation in das SV gezogen werden. Die Funktion, die im Erbrecht der § 1978 II BGB erfüllt, wird im KAGG insoweit von der Surrogationsnorm des § 6 II übernommen^{3 4}. Sollte es der KAG gelingen, Eigengläubiger aus einem Geschäft für Rechnung des Eigenvermögens durch Leistung aus dem SV zu befriedigen, so hat sie als Träger des SV einen Ersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung gegen das Eigenvermögen. Zur Geltendmachung dieses Sondervermögensanspruches ist allerdings ausschließlich die Depotbank berechtigt und verpflichtet.

1 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 54 A 1. Abschnitt II, 7 b ee, S. 355. Zur Zuordnungswirkung vgl. auch derselbe in Erman Vor § 1975, Anm. 3 h a. E.

2 Hellwig "Anspruch" S. 241, Fußn. 21 und v. Tuhr I, S. 341, sehen in § 1978 II eine Korrektur des § 1978 I, da dem Gesetzgeber des BGB die juristische Möglichkeit von Rechtsbeziehungen zwischen Vermögensmassen desselben Rechtsträgers nicht geläufig gewesen sei; a. M. Binder II, S. 104, der dem Absatz II nur die Bedeutung einer Fiktion beimißt.

3 Vgl. Kipp-Coing, "Erbrecht" § 92 III 2 c, S. 413, die anerkennen, daß sich die Sicherung des § 1978 II auch durch Einführung des Surrogationsprinzips hätte ergänzen lassen.

4 Ehrenberg, S. 423, war noch der Meinung, von Forderungen des Sondergutes gegenüber dem Privatvermögen könne niemals die Rede sein. Beeinträchtigte der "dominus" jenes zu Gunsten von diesem, so hätten eben die dadurch geschädigten Gläubiger einen Anspruch gegen das Privatvermögen. Diese Aussage wird aber durch Zuordnungsnormen wie § 1978 II BGB oder 6 II KAGG widerlegt.

b) Leistung aus dem Eigenvermögen für eine Verbindlichkeit aus einem Geschäft für Rechnung des Sondervermögens

Der umgekehrte Fall, daß nämlich die KAG Schulden aus Rechtsgeschäften für das SV mittels Leistungen aus dem eigenen Vermögen tilgt, wird sich in praxi häufiger ereignen. Kauft sie beispielsweise im Rahmen ihrer Anlagetätigkeit Wertpapiere für Rechnung des SV, die dessen Bestand erhöhen, so haftet sie für die Kaufpreisschuld dem Verkäufer wegen der relativen Haftungssonderung des § 9 II nach außen hin ausschließlich mit ihrem Eigenvermögen. Ebenfalls haftet die KAG kraft ausdrücklicher Bestimmung in § 9 IV für die Leistung einer Zubeße oder ausstehender Einlagen als Schuldner nur mit dem Eigenvermögen, falls sie Kuxe oder nicht voll eingezahlte Aktien in ein SV aufgenommen hat. Auch für die der Depotbank nach § 11 VIII (letzter Absatz) zustehenden Ansprüche aus dem Tätigwerden im Interesse des SV haftet sie lediglich mit dem eigenen Vermögen.

Leistet die KAG in diesen und ähnlichen Fällen Zahlung freiwillig aus ihrem Eigenvermögen¹, oder wird sie mit demselben von ihren Eigengläubigern zwangsweise in Anspruch genommen, so wäre es unbillig, könnte sie sich wegen dieser Schmälerungen ihres Eigenvermögens nicht aus dem SV erholen, dem doch die entsprechenden Vorteile zugeflossen sind. Dabei sind auch die Interessen der Eigengläubiger zu berücksichtigen, die sich wegen der Haftungssonderung nur an das Eigenvermögen halten können. Damit erhebt sich die Frage, inwieweit eine Regreßmöglichkeit der KAG als Träger ihres Eigenvermögens besteht und ob diese als eine Rechtsbeziehung zwischen Eigen- und Sondervermögen im vorweg erarbeiteten Sinne aufgefaßt werden kann.

Auch hier drängt sich ein Vergleich mit der Rechtsstellung des Erben auf, der den Nachlaßgläubigern gegenüber die Stellung eines

1 Sie hat allerdings auch die Wahl, Tilgung unmittelbar aus dem SV zu veranlassen, § 11 IV. Vgl. Diss. Schäcker, S. 114.

Beauftragten hat, und der vor Gütertrennung Nachlaßschulden, insbesondere Nachlaß-Erbenschulden, aus seinem Eigenvermögen tilgte¹. Da das Gesetz rückwirkend den Erben wie einen Verwalter fremden Vermögens ansieht, so hat er, falls die Voraussetzungen des § 1979 BGB vorliegen, einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nach § 670 BGB², mit dem er im Konkurs Massegläubiger ist, § 224 Nr. 1 KO. Obwohl als Verpflichtete des Ersatzanspruchs die Nachlaßgläubiger zu erachten wären, da zwischen diesen und dem Erben nach § 1978 I das Auftragsverhältnis besteht, sind dem Erben seine Aufwendungen "aus dem Nachlaß zu ersetzen", § 1978 III BGB. Daraus wird nach einer weitverbreiteten Ansicht geschlossen, daß sich der Ersatzanspruch gegen den Nachlaß³, d. h. gegen den Erben als Träger des Nachlasses richtet⁴. Folglich besteht im Falle des § 1978 III BGB ein subjektives Rechtsverhältnis zwischen dem Erben als Träger seines Eigen- und des Sondervermögens⁵. § 1978 III wird in seiner Zuordnungswirkung offensichtlich als Gegenstück zu § 1978 II angesehen.

Ebenso wie der Alleinerbe, so hat auch die KAG als Sondervermögensverwalter wegen des zwischen ihr und den Anteilinhabern bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrages einen Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 675, 670 BGB, da es sich bei Tilgung der Schuld in den oben genannten Fällen um Aufwendungen i. S. des § 670 BGB

1 Vgl. zum umgekehrten Fall oben S. 69.

2 Dazu, daß § 1979 die Voraussetzungen der §§ 1978 III, 670 BGB ändert und ergänzt, vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 1979 Anm. 1; Staudinger-Lehmann, § 1979 Anm. 1; zu dem Ergebnis auch Lange, § 51 II 2 c, S. 653, Fußn. 1.

3 Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 54 A 1. Abschn. II 7 b ee, S. 355; BGB-RGRK-Johannsen, § 1978, Anm. 13; Staudinger-Lehmann, § 1978 Anm. 27; Staudinger-Coing spricht bei § 1978 III von einer Identität von Gläubiger und Schuldner. Vgl. oben S. 47 Fußnote 4.

4 So deutlich Erman-Bartholomeyczik, § 1978 Anm. 5, letzter Abschnitt.

5 Auch v. Tuhr I, S. 341 spricht von einer Schuld des Nachlasses gegenüber dem eigenen Vermögen des Erben, womit er sich dem Ergebnis der hier vertretenden Spaltungstheorie nähert.

handelt, die sie nicht nur den Umständen nach für erforderlich halten durfte, sondern wegen der gesetzlichen Haftungssonderung u. U. sogar zu machen gezwungen ist. Als Schuldner der Ersatzansprüche werden wegen der durch den Investmentvertrag geschaffenen rechtlichen Beziehungen bei der Miteigentümlösung die Anteilinhaber genannt¹, die für ihre Schuld wegen § 9 III allerdings nicht persönlich, d. h. unbeschränkt, sondern nur unter Beschränkung auf das in ihrer Zuständigkeit stehende SV haften. Anerkennt man auch bei der Treuhandlösung das Bestehen eines Gläubiger-Schuldnerverhältnisses zwischen KAG und Anteilinhabern, so hat zwar wegen der Befugnis der KAG nach § 9 III, sich "nur aus dem SV (zu) befriedigen"², eine Vermögensverschiebung aus dem SV in das Eigenvermögen zu erfolgen. Das Schuldverhältnis besteht dann aber nicht zwischen der KAG als einem juristisch gespaltenen Rechtssubjekt, obwohl darin in den bisherigen Fällen die Besonderheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Vermögensmassen desselben Rechtsträgers erblickt wurde.

Diese systematische Unstimmigkeit läßt sich nur unter Zuhilfenahme einer dogmatischen Scheidung der Begriffe "Schuld" und "Haftung" klären, wobei die Erörterung in den hier gebotenen Grenzen bleiben muß³.

Bedeutet Schuld das "Leistensollen" i. S. eines an den Schuldner gesetzlich gerichteten Gebots, dem als aktives Gegenstück das

-
- 1 Vgl. Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 69, auch nach Diss. Klenk, S. 7, sind die Anteilinhaber Schuldner, soweit sich die KAG aus dem SV befriedigen darf. Ebenso ist aus der im Zusammenhang mit § 9 III gemachten Bemerkung, die Anteilinhaber treffe keine persönliche Haftung gegenüber der KAG, zu schließen, daß die Anteilinhaber als die verpflichteten Subjekte des Aufwendungsersatzanspruchs angesehen werden. Vgl. z. B. Diss. Schäcker, S. 116; Siara-Tormann, § 9 Anm. III.
 - 2 Der Sache nach unterscheidet sich damit § 9 III nicht von § 1978 III BGB.
 - 3 Der Begriff der Haftung als Entstehenmüssen des Schuldners für die Verletzung gewisser Schuldnerpflichten bleibt hier außer Betracht. In diesem Sinne wird der Haftungsbegriff gebraucht von Leonhard I, S. 424 ff.; sowie von Blomeyer, S. 147 ff.

"Bekommensollen" des Gläubigers entspricht¹, so läßt sich das Schuldverhältnis auch als ein reines "Sollverhältnis" kennzeichnen². Das bloße Leisten- und Bekommensollen wäre aber ein kraftloses Gebot, stünde nicht dahinter die gerichtliche Durchsetzbarkeit des Gebots in Prozeß und Zwangsvollstreckung³. Unter "Haftung" versteht man deshalb in der Gegenüberstellung zur "Schuld" das Unterworfensein des Vermögens unter den Vollstreckungszugriff des Gläubigers⁴. Von dem Schuldverhältnis läßt sich das Haftungsverhältnis unterscheiden⁵, so daß sich als Korrelatbegriffe Forderung und Verpflichtung einerseits sowie Zugriff und Haftung andererseits gegenüberstehen⁶.

Gewöhnlich erübrigt sich eine solche systematische Trennung, da die Subjekte des Schuld- als auch des Haftungsverhältnisses identisch sind. Der persönliche Schuldner ist gleichzeitig auch Träger des haftenden Vermögens. Will man aber im vorliegenden Fall den Regreßanspruch der KAG aus einem Schuldverhältnis zwischen ihr und den Anteilinhabern herleiten, so zeigt sich der Wert einer Unterscheidung. Die bei der Miteigentumslösung als haftungsbeschränkende Norm aufzufassende Vorschrift des § 9 III führt bei der Treuhandlösung zu einem Auseinanderfallen von Schuld und Haftung, denn die Anteilinhaber schulden der KAG die Leistung, während das SV, das ja rechtlich nicht Vermögen der Anteilinhaber ist, haftet. Dem Zugriff der KAG haftet ausschließlich das in ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich stehende SV.

1 Vgl. v. Gierke III, S. 10; Enneccerus-Lehmann, § 2 I, S. 9; Larenz I, S. 17; Molitor I, S. 8.

2 So Hein, S. 100.

3 Esser, § 26, 1, S. 82.

4 Vgl. BGB-RGRK-Nastelski, § 241 Anm. 12; Enneccerus-Lehmann, § 2, II, S. 10; v. Gierke III, S. 13; Larenz I, S. 16; Molitor I, S. 8; Palandt-Danckelmann, Einl. v. § 241 Anm. 3b; Siebert-Reimer Schmidt, Vor § 241 Anm. 5.

5 Auch v. Gierke III, S. 42 trennt Schuld und Haftung als zwei selbständige Rechtsverhältnisse.

6 Vgl. v. Tuhr, I., S. 111.

Eine derartige Verschiedenheit des Subjekts als Träger der Verpflichtung und des Subjekts als Träger des haftenden Vermögens ist zwar nach unserer Rechtsordnung außergewöhnlich, läßt sich aber unter Zuhilfenahme der Begriffe Schuld und Haftung konstruktiv erfassen. Otto v. Gierke¹ schreibt an einer Stelle, die Inkongruenz von Schuld und Haftung gewinne gerade dadurch eine besondere Bedeutung, daß sie die Grundlage von Ersatz- und Ausgleichsansprüchen im Verhältnis verschiedener Vermögensmassen zueinander bilde. Demgemäß würde sich bei Aufwendungsersatzansprüchen der KAG das Rechtsverhältnis zwischen Eigen- und Sondervermögen in einem reinen Haftungsverhältnis erschöpfen. Mit einem Haftungsverhältnis scheint auch Nipperdey² die Rechtsbeziehungen der SV darstellen zu wollen, wenn er ausführt, im Hinblick auf die Selbständigkeit des SV sei auch eine Haftung des SV gegenüber seinem Subjekt denkbar.

Würde man dieser Meinung zustimmen, so gäbe es zwei unterschiedliche, im Einzelfall mögliche Konstruktionen zur Erklärung von Rechtsbeziehungen zwischen nichtrechtsfähigen Vermögensmassen.

Wird eine Verpflichtung gegen den Vermögenseigner mit dinglicher Wirkung dem SV zugeordnet, so kann einmal als Berechtigter und Verpflichteter des Schuldverhältnisses nur der Vermögenseigner als juristisch gespaltenen Rechtsträger angesehen werden, woraus automatisch auch die Haftung des Vermögenskreises folgt, mit dem er als Rechtsträger verpflichtet ist. Ist hingegen der Vermögenseigner zur Befriedigung eines Ersatzanspruchs nur aus dem SV befugt, so könnte zum anderen ein Schuldverhältnis zwischen dem Vermögensinhaber und den verpflichteten Anteilhabern angenommen werden³, wobei allerdings Schuld und Haftung derart auseinanderfallen, daß der Vermögenseigner als Gläubiger sich selbst mit dem SV haftet.

1 Vgl. v. Gierke III, S. 52.

2 Vgl. Enneccerus-Nipperdey I, § 132 II 5, S. 848.

3 Im Falle der §§ 670, 1978 III BGB wären das die Nachlaßgläubiger.

Gerade der letztgenannte Umstand zwingt auch bei der 2. Alternative wieder zu einer juristischen Spaltung des Rechtssubjekts, da die Annahme eines Haftungsverhältnisses gegen sich selbst denselben logischen Bedenken ausgesetzt ist wie die Annahme eines Schuldverhältnisses einer Person mit sich selbst. Man müßte also sagen, daß das Zugriffsrecht bei der KAG als Träger ihres Eigenvermögens liegt, während Haftungsgegner die KAG als Träger des SV ist. Ist man aber auch bei Annahme eines bloßen Haftungsverhältnisses gezwungen, auf die Spaltungstheorie zurückzugreifen, so erscheint es dogmatisch richtiger, auch das korrespondierende Schuldverhältnis zwischen die KAG als Träger des Eigen- und SV zu verlegen. Allein durch dieses Ergebnis wird die systemwidrige Inkongruenz der Subjekte des Schuld- und Haftungsverhältnisses vermieden. Weiterhin ist damit der große Vorzug verbunden, daß man alle Fälle notwendig werdender Bestandsverschiebungen zwischen den Vermögensmassen als Schuldverhältnisse zwischen dem Eigner als Träger seines Eigen- und des Sondervermögens fassen kann¹, ohne im einzelnen fragen zu müssen, für wessen Schuld das SV haftet.

Ebenso, wie sich nach einer wohl als herrschend zu bezeichnenden Meinung der Ersatzanspruch des Erben nach §§ 1978 III, 670 BGB gegen den Nachlaß richtet², so steht der KAG ein Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 9 III, 670 BGB gegen das SV, d. h. gegen sich als Träger des SV zu, falls sie Schulden aus ihrem Eigenvermögen tilgt, die materiell, im Innenverhältnis das SV belasten³.

1 So auch, im Zusammenhang mit der Erörterung des § 1417 BGB a. F., Diss. Brandt, S. 63.

2 Vgl. oben S. 72.

3 Soweit die KAG an die Depotbank nach § 11 VIII Beträge zu leisten hat, ist zu unterscheiden, ob diese nach Ziff. 1 oder Ziff. 2 tätig geworden ist. War die KAG dem SV gegenüber schadensersatzpflichtig, so hat sie insoweit keine Regreßmöglichkeit, § 9 III, letzte Alternative. Vgl. zur Miteigentumslösung Diss. Schäcker, S. 116.

c) Tilgung der Rücknahmeschuld nach § 10 II aus Mitteln des Eigenvermögens

Die oben unter 2b) genannten Ausgleichsansprüche der KAG als Träger ihres Eigenvermögens gegen das SV beruhen u. a. darauf, daß sie den Gläubigern aus Rechtsgeschäften für das SV wegen der relativen Haftungssonderung des § 9 II ausschließlich mit ihrem Eigenvermögen haftet.

Einem Anteilinhaber dagegen, der seinen Rücknahmeanspruch aus § 10 II geltend macht, haftet die KAG unbeschränkt sowohl mit dem Sonder-, als auch mit dem Eigenvermögen¹.

Es stellt sich daher die Frage, ob die KAG auch hier trotz der nach außen hin unbeschränkten Haftung als Träger des Eigenvermögens eine Ausgleichsforderung gegen sich als Träger des SV erlangt, falls sie den geschuldeten Rücknahmepreis für ein Zertifikat aus ihrem eigenen Vermögen zahlt.

ca) Ausgleichsforderung analog § 1417 BGB a. F.?

Eine Norm, die einen vergleichbaren Sachverhalt regelte, fand sich in § 1417 BGB² im Rahmen des am 1. 4. 1953 außer Kraft getretenen gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und der Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gut der Frau. Diese Gesetzesbestimmung behandelte den vermögensrechtlichen Ausgleich zwischen dem der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterliegenden eingebrachten Gut und dem Vorbehaltsgut der Ehefrau,

1 Vgl. oben S. 32.

2 § 1417 BGB a. F. lautete:

- I. Wird eine Verbindlichkeit, die nach den §§ 1415, 1416 dem Vorbehaltsgute zur Last fällt, aus dem eingebrachten Gute berichtet, so hat die Frau aus dem Vorbehaltsgute, soweit dieses reicht, zu dem eingebrachten Gute Ersatz zu leisten.
- II. Wird eine Verbindlichkeit der Frau, die im Verhältnis der Ehegatten zueinander nicht dem Vorbehaltsgut zur Last fällt, aus dem Vorbehaltsgute berichtet, so hat der Mann aus dem eingebrachten Gute, soweit dieses reicht, zu dem Vorbehaltsgut Ersatz zu leisten.

die beide in der Rechtszuständigkeit der Frau standen¹.

Da der Gesetzgeber im Interesse der Gläubiger der Frau deren Zugriff auf beide Gütermassen grundsätzlich gestattete (§ 1411 a.F. - sog. Vollsschulden)², erhob sich die Frage, ob die durch die Befriedigung eines Vollschuldgläubigers geschaffene Verminderung des Vorbehalts- oder des eingebrachten Gutes endgültig sein sollte oder nicht. In Beantwortung darauf bestimmte § 1417, daß bei Leistung aus dem im Innenverhältnis nicht haftenden Gute zu diesem aus dem intern belasteten Ersatz zu leisten sei. § 1417 bezweckte mithin, die Haftung für Vollsschulden dem Gut endgültig aufzuerlegen, das die Vollschuld intern zu tragen hat³.

Als berechtigtes und verpflichtetes Subjekt des Ausgleichsanspruchs wurde nach manchem Streit nach der auch hier vertretenen Spaltungstheorie allein die Frau, und zwar die Frau in ihrer doppelten Rolle als Subjekt des eingebrachten Gutes und des Vorbehaltsgutes, anerkannt⁴.

Um festzustellen, inwieweit auch im vorliegenden Falle ein dem § 1417 BGB a.F. entsprechender Ausgleichsanspruch der KAG gegen sich als Träger des SV anerkannt werden könnte, sind zunächst im einzelnen dessen Tatbestandsvoraussetzungen herauszuarbeiten:⁵

- 1) Es müssen mehrere Vermögenskomplexe unter einheitlicher Rechtsträgerschaft vorliegen (§§ 1363, 1365);

1 Ob als SV unter fremder Verwaltung das eingebrachte Gut anzusehen ist, so Hunn, Diss., S. 14, oder aber das Vorbehaltsgut, so Brandt, Diss., S. 7, Fußn. 13, war bestritten, bedarf aber im Interesse der hier zu behandelnden Problematik keiner endgültigen Klärung. Vgl. auch Boegl, S. 73 ff. m. w. N.

2 Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff "Familienrecht", § 56 I, II, S. 221.

3 Vgl. Diss. Brandt, S. 1.

4 Vgl. Brandt, Diss., S. 63; vorher schon zögernd Wolff, "Familienrecht", § 57 I 2, S. 227, der die Möglichkeit einer Forderung bzw. Schuld der Frau gegen sich selbst akzeptierte.

5 Vgl. dazu Diss. Brandt, S. 12; §§ des BGB sind solche der alten Fassung.

- 2) bedarf es einer Kategorie Schulden des Rechtsträgers, für die sowohl Eigen- als auch Sondervermögen nach außen hin gemeinschaftlich haften (§§ 1411 ff.);
- 3) muß eine gesetzliche Vorschrift ersichtlich sein die im Verhältnis der Vermögensmassen zueinander bestimmt, welche Schulden dem Eigen- und welche dem SV zur Last fallen (§§ 1415, 1416);
- 4) und letztlich muß die Tilgung der Schuld aus dem intern nicht belasteten Vermögen erfolgt sein.

All diese Anspruchsvoraussetzungen i. S. des § 1417 BGB a. F. sind dann gegeben, wenn die Rückzahlungsforderung eines Anteilinhabers nach § 10 II durch Leistung aus dem Eigenvermögen der KAG erfüllt worden ist.

Bei den SV der Treuhandlösung handelt es sich um solche unter einheitlicher Rechtsträgerschaft. Als Vermögensträger haftet die KAG wegen ihrer unbeschränkten Haftung den Anteilinhabern gegenüber aus ihrer Rücknahmeschuld sowohl mit dem Sonder- als auch mit dem Eigenvermögen. Tilgt sie nun diese Schuld aus dem Eigenvermögen, so vermindert sich das intern nicht haftende Vermögen um den Betrag, um den das SV von seiner Haftung nach außen befreit wird. Denn daß das SV für die Rücknahmeschuld im Innenverhältnis zwischen den beiden Vermögensmassen letztlich doch aufzukommen hat¹, ergibt sich aus der gesetzlichen Bestimmung des § 10 II, wonach der Rückzahlungsanspruch der Anteilinhaber "aus diesem" zu erfüllen ist. § 10 II schafft also keine nach außen hin wirkende Haftungsbeschränkung, sondern hat nur für die Festlegung des internen Lastenverhältnisses Bedeutung². Damit liegt auch die unter 3. aufgestellte Tatbestandsvoraussetzung vor.

1 So auch v. Caemmerer, JZ 58, 71, 2. Sp., nach dem sich die KAG, die bei Rücknahme des Anteilscheins und Zahlung des Rücknahmepreises für Rechnung des Fonds handelt, "aus diesem befriedigen kann".

2 Damit ist die gegenteilige Ansicht, vgl. oben S. 32 begründet widerlegt.

Als einer außer kraft getretenen Vorschrift ist § 1417 BGB a. F. jedoch der gesetzesanalogen Anwendung nicht mehr fähig¹. Auch eine dem § 1417 BGB vergleichbare Norm, die unmittelbar den internen Ausgleich zweier nach außen hin gemeinsam haftender Vermögensmassen regelt, findet sich, soweit ersichtlich, in keinem anderen Gesetz.

Statt dessen bietet sich der Weg an, die Ausgleichung nach den allgemeinen Grundsätzen über die Geschäftsführung oder die ungerechtfertigte Bereicherung zu vollziehen².

cb) Ausgleichsforderung entsprechend §§ 421, 426 BGB

Noch näherliegend aber erscheint es, in Parallele zu dem Innenverhältnis zweier Gesamtschuldner, der KAG als Träger ihres Eigenvermögens einen Ausgleichsanspruch gemäß §§ 421, 426 BGB gegen sich als Träger des SV zu geben.

Voraussetzung einer Ausgleichspflicht der KAG als Träger des SV ist das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses. Nach § 421 BGB liegt eine Gesamtschuld vor, wenn eine Leistung in der Weise geschuldet wird, daß von mehreren Schuldnern jeder zur ganzen Leistung verpflichtet ist, der Gläubiger, hier der Anteilinhaber, aber die Leistung nur einmal verlangen kann.

Als "mehrere" i. S. des § 421 BGB, die dem Anteilinhaber gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, kommen lediglich das Sonder- und das Eigenvermögen der KAG in Betracht. Daß zumindest in entsprechender Anwendung des § 421 BGB zwei gesonderte Vermögensmassen eines Rechtsträgers gesamtschuldnerisch haften können,

1 Für eine analoge Anwendung des § 1417 BGB a. F. auf alle SV, allerdings vor Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und der Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gut der Frau, Hamburger, S. 187.

2 So für den Fall, daß der besondere Tatbestand des § 1417 BGB a. F. nicht vorliegt, Diss. Brandt, S. 12 a. E. Auch v. Tuhr I, S. 342 f. sieht in dieser Norm einen Unterfall der Geschäftsführung, bzw. ungerechtfertigten Bereicherung zwischen gesonderten Vermögensmassen.

hat auch das Reichsgericht anerkannt. Es hat im 90. Band¹ ausgeführt, daß durch die Haftung des Erben für eine Nachlaßverbindlichkeit sowohl mit dem Nachlaß als auch mit seinem eigenen Vermögen "eine Art Gesamtschuld" begründet wird. Die hier vertretene Spaltungstheorie ermöglicht es, daß dem Anteilinhaber in der KAG als Träger des Sonder- und Eigenvermögens zwei juristisch voneinander verschiedene Gesamtschuldner gegenüberstehen. Der Anteilinhaber kann die Zahlung des Rücknahmepreises sowohl von der KAG als Träger des SV als auch von der KAG als Träger des Eigenvermögens verlangen, insgesamt aber nur einmal, so daß insoweit die Voraussetzungen der Gesamtschuldnerschaft auch bei dem juristisch gespaltenen Rechtssubjekt entsprechend dem § 421 BGB vorliegen.

Darüber hinaus ist auch das von der h. M. weiterhin noch verlangte Erfordernis einer inneren Verbindung der Verpflichtung der beiden Schuldner gegeben, ohne die sie ein unechtes Gesamtschuldverhältnis annimmt, auf das die Vorschriften der §§ 421 ff. BGB nicht anwendbar sein sollen². Dieses Verbindungserfordernis wird in erster Linie durch eine Gemeinschaft des Zweckes bestimmt³. Die Haftung der KAG mit ihrem Eigenvermögen wurde nur deshalb mit der Sondervermögenshaftung gekoppelt⁴, um dem Anteilinhaber, der seinen Rücknahmepreis für den Anteilschein fordert, zusätzlich zu sichern. Damit liegt hier der Gesamtzweck bei Gesamtschulden, nämlich Sicherung und Befriedigung des Gläubigers, vor⁵.

Aus der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 421 ff. BGB kann daher die Konsequenz gezogen werden für den Fall, daß einer der

1 Vgl. RGZ 90, 91 ff. (93); bezug nehmend auf diese Entscheidung spricht auch Brandt, Diss. S. 12, Fußn. 29 von einer gesamtschuldnerischen Haftung der Vermögenskomplexe der Frau.

2 Vgl. dazu Erman-Westermann, § 421 Anm. 2 m. w. N.

3 Vgl. z. B. Enneccerus-Lehmann, § 90 II 2.

4 "Einheitliches Schuldverhältnis mit doppeltem Haftungsgegenstand"; vgl. oben S. 33.

5 Vgl. Enneccerus-Lehmann, ebenda.

Gesamtschuldner den Gläubiger voll befriedigt. Zahlt die KAG in ihrer Eigenschaft als Träger des Eigenvermögens den Rückzahlungspreis an den Anteilinhaber, so wird sie als Träger des SV von der Haftung befreit, § 422 I BGB. Folglich hat sie als Träger des Eigenvermögens ebenso eine Ausgleichsforderung nach § 426 I 1 BGB, wie sie einem Gesamtschuldner zusteht, der mehr als den auf ihn entfallenden Teil der Schuld aus seinem Vermögen getilgt hat. Der Ausgleichsanspruch richtet sich gegen die KAG als Träger des SV.

Als Sondervermögensträger trifft sie aber im Innenverhältnis entgegen der Regel in § 426 I 1 BGB keine nur anteilige Verpflichtung. Vielmehr hat sie wegen der Bestimmung des § 10 II, der insoweit für die interne Lastentragung Bedeutung hat¹, der KAG als Träger des Eigenvermögens den gesamten Rückkaufpreis zurückzuerstatten². Die Berechtigung hierzu ergibt sich nicht nur aus dem Ausgleichsanspruch nach § 426 I 1 BGB, sondern auch aus dem Rücknahmeanspruch des Anteilinhabers, der zur Sicherung des Ausgleichsanspruchs kraft gesetzlichen Forderungsüberganges auf die KAG als Träger des Eigenvermögens übergeht (§ 426 II 1 BGB).

Erfüllt die KAG den Rücknahmeanspruch des Anteilinhabers aus Mitteln ihres eigenen Vermögens, so erlangt sie als Träger des Eigenvermögens eine Ausgleichsforderung in voller Höhe des Geleisteten gegen sich als Träger des SV in entsprechender Anwendung des § 426 BGB.

2. Erfüllung einer Forderung der Kapitalanlagegesellschaft durch Leistung des Schuldners in die nichtberechtigten Vermögensmasse

Entstehen in den vorstehend aufgeführten Fällen deshalb Rechtsbeziehungen zwischen SV und Eigenvermögen, weil die KAG eine

1 Vgl. oben S. 79.

2 Dafür, daß eine anderweitige Bestimmung zur ausschließlichen Verpflichtung eines der Beteiligten im Innenverhältnis führen kann, vgl. Erman-Westermann § 426 Anm. 4.

sie treffende Schuld aus einem Vermögenskreis tilgt, der intern nicht haftet, so fragt es sich weiter, ob umgekehrt auch dann Ansprüche der einen gegen die andere Vermögensmasse begründet werden, wenn auf eine der KAG zustehenden Forderung die Leistung des Schuldners in das Vermögen gelangt, dem die Forderung nicht angehört.

Schließt die KAG zum Zwecke des Erwerbs von Anlagewerten für das SV einen Kaufvertrag, so fällt auch schon der obligatorische Anspruch aus § 433 I 1 BGB gegen den Verkäufer kraft der dinglichen Surrogation in das SV¹ (§ 6 II, 2. Alternative). Voraussetzung dafür ist, daß sich das Rechtsgeschäft, d. h. der Kaufvertrag, auf das SV bezieht. Wann das der Fall ist, wird in § 6 II allerdings nicht gesagt. Besonders bedeutsam wird dieses Problem, wenn die KAG schon bei Vertragsschluß den Kaufpreis aus Mitteln des SV erbringt. Dann stellt sich die Frage, ob eine Beziehung des Rechtsgeschäfts auf das SV allein schon durch den Erwerb mit Mitteln des SV hergestellt wird, oder ob der Erwerb noch subjektiv vom Willen der Organe der KAG getragen sein muß, für das SV zu handeln. Diese Frage ist wegen der insoweit gleichlautenden Formulierung des § 6 II und § 2041 BGB im Anschluß an die h. M. zu § 2041 BGB² dahingehend zu beantworten, daß unabhängig vom Willen der handelnden Organe der KAG das rechtsgeschäftliche Surrogat, d. i. die Forderung aus § 433 I 1 BGB, dann schon in das SV fällt, sofern der Erwerb objektiv mit Mitteln des SV bewirkt wird³. Nur diese Auffassung erreicht den Schutzzweck der

-
- 1 Vgl. Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 48; Geßler in WM 1957, a. a. O., S. 15; Diss. Schäcker, S. 89; vgl. auch § 2111 I 2 BGB, aus dem hervorgeht, daß das durch Rechtsgeschäft Erworbene auch eine Forderung sein kann.
 - 2 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 36 I, 6b, S. 216; BGB-RGRK-Kregel, § 2041 Anm. 3; Kipp-Coing, § 114 III 2a; Staudinger-Lehmann, § 2041 Anm. 2b; anders: Lange, § 43 IV 1.
 - 3 a. M. im KAGG; Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 49; wie hier: Diss. Baum, S. 109; Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 45; Diss. Schäcker, S. 88.

dinglichen Ersetzung, die den Interessen der Anteilinhaber gerecht zu werden hat. Liegt die Voraussetzung des Erwerbs mit Mitteln des SV nicht vor, so gehört die Forderung dann zum SV, wenn die Folgen des Rechtsgeschäfts nach der Willensrichtung der handelnden Organe dem SV zugute kommen sollen¹. Steht hiernach ein Übereignungsanspruch dem SV zu, leistet der Verkäufer aber nicht in das SV zu Händen der Depotbank, § 11 I, III, sondern erbringt er die Leistung in das Eigenvermögen der KAG, so ist zu prüfen, ob und anhand welcher Schuldrechtsbeziehungen die Leistung aus dem Eigen- in das Sondervermögen gezogen werden kann.

Da als "Ersatz für ein zum SV gehörendes Recht" (§ 6 II letzte Alternative) auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zählen², ist es naheliegend, die Übertragung der gelieferten Wertpapiere nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu vollziehen³, falls die KAG als Träger ihres eigenen Vermögens auf Kosten des SV bereichert worden ist. Das könnte nur dann bejaht werden, falls der Schuldner durch Leistung mit befreiender Wirkung die Sondervermögensforderung zum Erlöschen gebracht hat; denn nur dann würde einer Bereicherung des Eigenvermögens eine Entreicherung des SV entsprechen.

Der Schuldner könnte ein Erlöschen der Sondervermögensforderung nicht herbeiführen und müßte nochmals leisten, falls der KAG als Träger ihres Eigenvermögens in bezug auf eine Sondervermögensforderung die Befugnis zur Annahme der Leistung, die sog.

1 Vgl. auch Kipp-Coing, § 114 III 2b, S. 491; Staudinger-Lehmann, § 2041 Anm. 2a; zur Auslegung des Willens vgl. Schäcker, ebenda.

2 Vgl. entsprechend zu § 1418 II Ziff. 3 BGB; Erman-Bartholomeyczik, § 1418 Anm. 5; Palandt-Lauterbach, § 1418 Anm. 3 c, bb. Zu §§ 2041, 2111 I BGB; Lange, § 43 II 2c, S. 531.

3 Auch Hunn, Diss. S. 77 und v. Tuhr I, S. 341 bejahen das Entstehen von Rechtsbeziehungen auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung. Vgl. auch RGZ 32, 10 a. E.

Empfangszuständigkeit¹, § 362 II BGB, fehlen würde. Eine mangelnde Empfangszuständigkeit, die sich nach den gleichen Grundsätzen richtet wie die Verfügungsmacht, wäre nach dem KAG allenfalls aus § 11 III Satz 3 und 4 herzuleiten. Danach wird nicht nur dem Käufer von zum SV gehörenden Wertpapieren hinsichtlich des Kaufpreises, sondern auch dem Verkäufer von Wertpapieren, die für ein SV bestimmt sind, die Pflicht auferlegt, die Anlagepapiere der Depotbank auszuhändigen², die sie in ein gesperres Depot zu legen hat, § 11 III Satz 1.

§ 11 III hat aber nicht die Bedeutung einer Übertragung der Empfangszuständigkeit für Sondervermögensforderungen von der KAG auf die Depotbank. Das ist aus Gründen der Gesetzessystematik schon daraus zu schließen, daß diese Regelung sich nicht innerhalb des § 8 befindet, der in den Absätzen II und III die Verfügungsbeschränkungen der KAG bestimmt. Es folgt aber im wesentlichen noch aus zwei weiteren Umständen.

Bei allen SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft und getrennter Verfügungsmacht kann der Vermögenseigner die auf eine Sondervermögensforderung geschuldete Leistung deshalb nicht mit befreiender Wirkung zugunsten des Schuldners entgegennehmen, weil ihm die Verfügungsmacht, mithin auch die Empfangszuständigkeit, fehlt. Das gilt grundsätzlich auch für die gesamthänderisch gebundenen SV, falls der Schuldner an einen einzelnen Gesamthänder leistet. Aus diesem Grunde mußte der Gesetzgeber im Interesse

1 Vgl. dazu Larenz I, S. 316, im Zusammenhang mit dem Streit um die Rechtsnatur der Erfüllung. A. M. z. B. Enneccerus-Nipperdey II, § 143 II, S. 882 Fußn. 10, nach dem die Annahme der geschuldeten Leistung eine Verfügung über die Forderung bedeutet.

2 Die Fassung des § 11 III Satz 4 ist insoweit zu eng, als sie nur auf den Verkauf von Wertpapieren des SV abstellt, nicht aber auch auf den Kauf, obwohl die Depotbank wirtschaftlich beide Geschäfte abwickeln soll. Vgl. v. Caemmerer in JZ 58, 48 unter Nr. 10. Aus Abs. III und IV des § 11 geht hervor, daß die KAG keinen der zu einem Fonds gehörenden Gegenstände in die Hand bekommen darf. Vgl. auch Dürre-Full, § 11 Anm. 3.

des Verkehrsschutzes dann besondere Ausnahmebestimmungen treffen, wenn der Schuldner bezüglich der die Verfügungsbefugnis des Rechtsträgers beschränkenden Umstände gutgläubig ist. Vgl. die §§ 2129 II Satz 2; 2211 II¹; 1984 I Satz 2 BGB i. V. mit § 8 II, III KO; sowie §§ 720, 2041 Satz 2 i. V. mit 2019 II BGB. Hätte der Gesetzgeber des KAGG durch § 11 III Satz 4 die Verfügungsmacht der KAG mit der Wirkung beschränken wollen, daß der Schuldner einer Sondervermögensforderung befreiend an sie nicht leisten kann, so wäre eine entsprechende Gutgläubensvorschrift zu seinem Schutz sicherlich vorhanden.

Das Gesetz will auch schon deshalb nicht die Befugnis zur Annahme der Leistung mit dinglicher Wirkung beseitigen, weil der Bestandsschutz des SV in den hier zu behandelnden Fällen durch die dingliche Ersetzung ohnehin vollkommen gewahrt bleibt. Gehört eine obligatorische Forderung, z. B. ein Übereignungsanspruch aus einem Wertpapierkauf bereits zum SV, so fällt auch der vom Schuldner in Erfüllung dieser Forderung geleistete Gegenstand als Erwerb "auf Grund eines zum Sondervermögen gehörenden Rechts" unmittelbar wieder in das SV (§ 6 II 1. Alternative). Anders als bei der zweiten Alternative des § 6 II kommt es bei dieser Surrogationsform auf die Willensrichtung der KAG, den Leistungsgegenstand mit dinglicher Wirkung für ihr Eigen- oder das SV erwerben zu wollen, nicht mehr an². Auch wenn die an die KAG als Träger ihres Eigenvermögens gelieferten Wertpapiere nicht in das SV zu Händen der Depotbank gelangen, so gelten sie doch rechtlich als zum SV gehörend, unterliegen folglich dessen rechtlicher Zweckbindung und werden bei Berechnung des Inventarwertes mitberücksichtigt.

1 § 2211 II gilt entsprechend für Nachlaßforderungen; der gutgläubig an den Erben leistende Schuldner wird befreit. Vgl. Palandt-Keidel, § 2211 Anm. 2.

2 Vgl. zur entsprechenden Surrogationsstufe des § 2041 BGB: Staudinger-Lehmann, § 2041 Anm. 2; für das KAGG wohl ebenso, Diss. Schäcker, S. 89; Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 45; Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 48 a. A.

Es kann sich also nur noch darum handeln, der KAG den unmittelbaren Besitz an den Wertpapieren zu entziehen und ihn dem SV, d. h. den gesperrten Depots der Depotbank zu verschaffen, § 11 III Satz 1.

Das läßt sich nach dem bisher Gesagten mittels einer Besitzkon-
diktion des SV gegen das Eigenvermögen erreichen, weil dieses
auf dessen Kosten "in sonstiger Weise bereichert" wurde, § 812
I Satz 1 BGB.

Als Träger ihres Eigenvermögens hat die KAG durch eine eigene
Handlung, die Annahme der Leistung¹, den Besitz an den Wertpa-
pierten erlangt. Diesen vermögensrechtlichen Vorteil hat sie auf
Kosten eines anderen, des SV, d. h. auf ihre Kosten als Träger
des SV, erlangt, da durch die Entgegennahme der Wertpapiere die
Sondervermögensforderung unmittelbar erlosch. Der Vorteil des
Eigenvermögens war also ursächlich i. S. der Einheitlichkeit des
Bereicherungs Vorganges² für den Nachteil des SV. Da, wie aus
dem die Verwahrungsfunktion der Depotbank begründenden Gesamt-
inhalt des § 11 KAGG zu entnehmen ist, die besitzrechtliche Lage
nicht endgültig sein soll, ist die Bereicherung des Eigenvermögens
auch ohne Rechtsgrund erfolgt.

Führt die KAG selbst durch Annahme der geschuldeten Leistung ein
Erlöschen der Sondervermögensforderung herbei, so hat sie als
Träger des SV gegen das Eigenvermögen einen Anspruch auf Heraus-
gabe des Besitzes nach § 812 I Satz 1 BGB³. Aus den die Verwah-

1 Hierhin ist die in "sonstiger Weise" erfolgte Vermögensbewe-
gung durch die KAG zu sehen. Vgl. Erman-Seiler, § 812 Anm.
3b, aa; Staudinger-Seufert, § 812 Anm. 5b, 5 ba; die Bewir-
kung und Entgegennahme der Leistung kann nicht nach § 816 II
BGB beurteilt werden, da die KAG nicht "Nichtberechtigter" ist.

2 Vgl. dazu Larenz II, S. 374; Staudinger-Seufert, § 812 Anm.
8a.

3 Statt den Anspruch auf § 812 I 1 BGB zu stützen, läßt sich das-
selbe Ergebnis auch dadurch erzielen, daß man insoweit auf
Grund der §§ 9 und 11 KAGG ein gesetzliches Schuldverhältnis
annimmt.

rungsfunktion der Depotbank begründeten Absätzen I, III, IV, VI des § 11 ist zu entnehmen, daß der Kondiktionsanspruch inhaltlich auf Herausgabe des Besitzes an die Depotbank gerichtet ist. Zur Geltendmachung des der KAG als Träger des SV zustehenden Anspruchs gegen sich als Träger des Eigenvermögens ist auch hier ausschließlich die Depotbank in analoger Anwendung des § 11 VIII Ziff. 1 befugt¹.

3. Ersatzpflicht der Kapitalanlagegesellschaft nach
§ 18 I Satz 3

Ein weiteres Rechtsverhältnis zwischen Sonder- und Eigenvermögen, das sich befriedigend nur mit Hilfe der hier vertretenen Spaltungstheorie deuten läßt, findet sich unmittelbar im KAGG selbst, in dem bisher fast kaum beachteten § 18 I 3. Danach ist die KAG verpflichtet, den Fehlbetrag aus dem eigenen Vermögen in das SV einzulegen, der entsteht, wenn Anteilscheine in den Verkehr gelangen, ohne daß auch der entsprechende Ausgabepreis dem SV zufließt.

Gewöhnlich erfolgt die Ausgabe von Anteilscheinen an den Ersterwerber durch die Depotbank, § 11 I 1, an die auch der Kaufpreis zu entrichten ist, den sie nach § 18 I, 1, 2. Halbsatz unverzüglich dem SV zuführen muß. Im Interesse der Erhaltung des SV bestimmt § 18 I 1, 1. Halbsatz und Satz 2, daß Anteilscheine nicht auf Ratenzahlung und nicht gegen Leistung von Sacheinlagen ausgegeben werden dürfen². Fehlbeträge im SV bei der Ausgabe von Anteilscheinen können folglich entstehen, wenn entweder die Depotbank oder

1 Vgl. oben S. 65. Ob man der Depotbank auf Grund des § 11, insbesondere Abs. VI, einen eigenen Anspruch auf Einräumung des Besitzes an Sondervermögensgegenständen gegen die KAG geben soll, mag hier dahingestellt bleiben, da diese Frage nichts mit den Rechtsbeziehungen gesonderter Vermögensmassen desselben Rechtsträgers zu tun hat. Gegen eigenen Anspruch der Depotbank gegen die KAG, Siara-Tormann, § 11 Anm. VI, S. 50.

2 Reuter, Diss. S. 155 sieht in diesen Bestimmungen Schutzgesetze zugunsten der Anteilinhaber i. S. des § 823 II BGB.

entgegen dem Wortlaut des Gesetzes die KAG selbst¹ sich nicht den vollen in Geld bestehenden Gegenwert geben lassen oder den erhaltenen Gegenwert nicht in das SV abführen. Dem Wortlaut des § 18 I 3 nach besteht ferner die aus dem Eigenvermögen zu tilgende Schuld der KAG auch dann, falls Anteilscheine gegen ihren Willen durch Diebstahl, Unterschlagung und sonstigen Verlust in den Verkehr gelangt sind².

Sind damit die Fälle aufgezählt, in denen kraft Gesetzes eine Verbindlichkeit der KAG nach § 18 I 3 auf Leistung aus dem Eigen- in das SV vorliegt, so findet sich nirgendwo in der Literatur ein Hinweis darauf, wer der KAG als Gläubiger gegenübersteht.

Die Anteilinhaber kommen als Gläubigergemeinschaft nach Bruchteilen deshalb nicht in Frage, weil ihnen bei der Treuhandlösung wesensgemäß jede dingliche Beziehung zum SV fehlt. Die Depotbank hat keinen eigenen Anspruch, da ihre treuhänderischen Befugnisse in § 11, insbesondere in Abs. VIII, erschöpfend aufgezählt sind.

Die Spaltungstheorie bietet auch hier die ungezwungenste Lösung, die dem Wortlaut des § 18 I 3 am nächsten kommt, wonach als Gläubiger des Anspruchs das SV, d. h. die KAG als Träger des SV anzusehen ist. Wie bei allen Sondervermögensforderungen gegen das Eigenvermögen ist ausschließlich die Depotbank zur Geltendmachung befugt.

4. Einlösung eigener Anteilscheine durch die Kapitalanlagegesellschaft zu Lasten des Sondervermögens

Umgekehrt wäre die KAG als Träger ihres Eigenvermögens Gläubiger eines Anspruchs gegen das SV auf Zahlung des Rückkaufpreises, falls sie selbst als Anteilinhaber eines von ihr verwalteten Fonds den Anteilschein zu Lasten des SV zurückgeben könnte, § 10 II. Ob diese Möglichkeit besteht, ist näher zu untersuchen.

1 Vgl. Geßler in WM 1957, a. a. O., S. 26 a. A.

2 Vgl. Dürre-Full, § 18 Anm. 2; Siara-Tormann, § 18 Anm. I, S. 63.

Vor allem muß dabei unterschieden werden, ob die KAG einen Anteilschein in Erfüllung ihrer Verpflichtung nach § 10 II zurücknimmt, oder ob sie Anteilscheine nach der Willensrichtung ihrer handelnden Organe deshalb aus Mitteln des Eigenvermögens ankauft, um selbst Anteilinhaber am SV zu werden.

Im ersten Fall stehen ihr regelmäßig zwei Wege offen, um ihre Rücknahmeschuld zu tilgen. Einmal kann sie die Depotbank anweisen, dem Anteilinhaber den Rückkaufpreis unmittelbar aus dem SV auszuzahlen, § 11 IV, das ja nach außen hin für diese Schuld den Anteilinhabern gegenüber haftet. Gelangen Anteilscheine aus einem solchen Rückkauf aus Mitteln und für Rechnung des SV ins eigene SV, § 6 II, 2. Alternative, so erlischt¹ der wertpapierrechtlich verbrieft Rückzahlungsanspruch gegen die KAG, da die Schuld aus dem haftenden SV erfüllt wurde und die KAG als Träger des SV gegen sich selbst in dieser Eigenschaft keine Forderung haben kann. In § 18 II Satz 2, 2. Halbsatz wird die Konsequenz daraus gezogen, da für die zum SV gehörenden Anteilscheine kein Wert angesetzt wird und sie bei Teilung des Gesamtwertes des SV durch die Zahl der Anteile auch nicht mitgerechnet werden².

Nicht anders aber ist die rechtliche Lage dann, wenn die KAG im Rahmen ihrer unbeschränkten Haftung ihre Rückzahlungsschuld aus § 10 dadurch tilgt, daß sie den Rückkaufpreis aus ihrem Eigenvermögen zahlt. Um eine Beziehung des Rechtsgeschäftes zum SV herzustellen, braucht nicht der Erwerb aus Mitteln des SV zu erfolgen, sondern es genügt schon die subjektive Beziehung nach der Willensrichtung der rechtsgeschäftlich handelnden Organe³. Wenn

1 Vgl. Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 111; Diss. Klenk, S. 102; v. Caemmerer in JZ 1958, 48, 2. Sp.; Geßler in WM 1957, a. a. O., S. 26. Da die in SV befindlichen Anteilscheine bei einer erneuten Ausgabe wieder Rechte gegen die KAG verbriefen, spricht Schäcker, Diss., S. 121 a. E. von "ruhen".

2 Vgl. Schuler in NJW 1957, 1051, 1. Sp. a. E.

3 Vgl. Lange § 43 IV 1, S. 535 a. A. zur entsprechenden Alternative des § 2041 BGB. Vgl. auch oben S. 84 Fußnote 1.

sich daher die KAG entschließt, in Erfüllung ihrer Verbindlichkeit aus § 10 II den Rückkaufpreis aus der Liquiditätsreserve des § 16, d. h. aus eigenen Mitteln lediglich vorzulegen, dann ist regelmäßig ihr Wille darauf gerichtet, für Rechnung des SV tätig zu werden. Folglich fällt auch hierbei der mit Mitteln des eigenen Vermögens zurückgenommene Anteilschein auf Grund der rechtsgeschäftlichen Surrogation (§ 6 II 2. Alternative) dem SV zu¹, so daß die KAG auch bei einem solchen Erwerb des Anteilscheins nicht wie jeder andere Anteilinhaber am SV beteiligt wird². Sie erleidet aber dadurch keinen Nachteil, denn sie erlangt dafür nach der hier vertretenen Auffassung einen Ausgleichsanspruch gegen das SV in entsprechender Anwendung des § 426 BGB³.

Gläubiger einer gegen das SV gerichteten Rückzahlungsforderung könnte also die KAG nur dadurch werden, daß sie sich die als Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen ausgestatteten Zertifikate⁴, § 17 I, gegen Zahlung aus ihrem Eigenvermögen übertragen läßt

1 Richtig Reuter, Diss., S. 136.

2 So aber generell v. Caemmerer und Geßler, ebenda; unklar Diss. Schäcker, S. 119.

3 Vgl. oben S. 80 ff.

4 Über die diesbezügliche wertpapierrechtliche Einordnung der als Inhaber- oder Orderpapiere ausgestatteten Zertifikate, § 17 I 2, besteht keine Einstimmigkeit. Entgegen der unzutreffenden Meinung Berner's, Rpfleger 1960, 34, das Zertifikat verbriefe keine Forderung, verbriefen sie bei der Treuhandlösung gerade ausschließlich schuldrechtliche Ansprüche. Vgl. auch Geßler in WM 1957, a. a. O., S. 25. Insofern können sie als Schuldverschreibungen bezeichnet werden, so auch Dürre-Full, § 17 Anm. 1 und 3; Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 162, 166; wohl auch Erman-Hense, § 793 Anm. 8. Nach Ansicht v. Caemmerer's, JZ 58, 48 sind sie nicht bloß "Schuldverschreibung", da sie auch das "wirtschaftliche Eigentum" am SV, eine Teilhaberschaft verbriefen. Insofern werden sie auch als Wertpapiere eigener Art gekennzeichnet. Vgl. Siara-Tormann, § 17 Anm. I; Siebert-Erdsiek-Mühl, Vor § 793 Anm. 3. Vgl. auch Diss. Klenk, S. 33, nach dem der Anteilschein das gesamte Anteilrecht verbrieft. Gegen den Charakter als Schuldverschreibung: BGB-RGRK-Kuhn, § 793 Anm. 11; Schuler in NJW 1957, 1052.

mit dem Willen, selbst Anteilinhaber zu werden. Gegen die materiellrechtliche Gültigkeit des Erwerbsaktes lassen sich rechtliche Bedenken aus § 181 BGB¹ oder §§ 65 AktG, 33 GmbHG² nicht herleiten.

Ist somit der Erwerb eigener Anteilscheine für das Eigenvermögen rechtlich möglich und zulässig³, so fragt es sich weiterhin, welche Wirkung es auf den in dem Zertifikat verbrieften Rückzahlungsanspruch hat, wenn die KAG als Aussteller und Schuldner nun auch noch die Gläubigerstellung erlangt. Nicht zuzustimmen ist der Meinung von Reuter⁴, nach der die vorher zwischen Anteilinhaber und der KAG bestehenden schuldrechtlichen Beziehungen erlöschen müßten, da sich Gläubiger und Schuldner in einer Person vereinigt hätten. Dieser Auffassung kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil das Zusammentreffen von Gläubiger- und Schuldnerschaft bei Inhaber- und Orderpapieren, das darauf beruht, daß der Aussteller bzw. jeder Verpflichtete das Forderungspapier von Fälligkeit zurückerwirbt, wegen des stark sachenrecht-

-
- 1 So aber Gericke in DB 1959, 1277, 1278. Ein Insichgeschäft liegt deshalb nicht vor, weil die KAG im eigenen Namen für das Eigenvermögen von einem Dritten erwirbt. Gegen Gericke auch Diss. Schäcker, S. 120.
 - 2 Vgl. das Ergebnis der Untersuchung bei vom Berge und Herrendorff, Diss., S. 26 ff. Der maßgebliche Gesichtspunkt ist der, daß die KAG, die eigene Anteilscheine erwirbt, damit zugleich Rechte an fremden Aktiengesellschaften erwirbt, mithin einen echten Vermögenswert erhält. Dagegen bekommt die AG beim Erwerb eigener Aktien keinen vom Schicksal der Gesellschaft unabhängigen Gegenwert. Das den Gesellschaftsgläubigern haftende Vermögen würde verkleinert. Vgl. auch Diss. Klenk, S. 28.
 - 3 Wenn Gericke, a. a. O., S. 1278 die Unzulässigkeit des Erwerbs eigener Anteilscheine ferner aus dem Gebot der Vermögenstrennung, § 6 I 3, herleiten will, so kann dieser Norm eine solche Bedeutung nicht beigemessen werden. Umgekehrt schlug Engler in Das Wertpapier, 1956, 263 vor Erlaß des KAGG vor, die KAG's sollten angehalten werden, einen gewissen Prozentsatz ihres Vermögens in Zertifikaten der von ihnen betreuten SV anzulegen.
 - 4 Diss., S. 136.

lichen Einschlags nicht zum Erlöschen der Forderung führt¹. Die Forderung wird vielmehr solange als ruhend² betrachtet, bis sie vorbehaltlich einer erneuten Begebung des Wertpapiers wieder in ihrem alten Umfang voll wirksam wird³. Ausgehend von dieser Rechtslage erlischt zwar im vorliegenden Fall das Schuldverhältnis nicht, die KAG hätte dann aber auch keine Forderung gegen das SV. Um den Wert der eigenen Anteilscheine zu realisieren, wäre sie ausschließlich darauf angewiesen, sie an Dritte weiterzuveräußern, so daß sie den u. U. sonst jedem anderen Anteilinhaber aus dem SV zu zahlenden höheren Rückkaufpreis nicht beanspruchen könnte.

Über die üblicherweise eintretende Konfusion bei Inhaber- oder Orderpapieren hinaus ist aber wegen der besonderen Eigenschaft des Schuldners als Träger mehrerer separierter Vermögensmassen die wertpapierrechtlich verbriefte Rückzahlungsforderung nicht nur als ruhend, sondern als voll existierend i. S. von durchsetzbar zu betrachten.

Erwirbt die KAG als Träger ihres Eigenvermögens eigene Anteilscheine und damit gegen sich selbst gerichtete Rückzahlungsansprüche, die materiell aus dem SV zu erfüllen sind, so kann sie als juristisch gespaltenes Vermögenssubjekt diese Forderungen gegen sich als Träger des SV geltend machen⁴.

5. Anhang: Übergang der SV auf die Depotbank im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 13 I

Rechtsbeziehungen der hier zu behandelnden Art können, wie auch im Falle des § 1976 BGB, dann besonders eindeutig entstehen, wenn

-
- 1 Vgl. BGB-RGRK-Kuhn Vor § 793 Anm. 10; Palandt-Gramm, § 793 Anm. 3; Staudinger-Müller, § 793 Anm. 10e.
 - 2 Vgl. Baumbach-Hefermehl, Art. 11, Anm. 6.
 - 3 Vgl. dazu auch Dacke, S. 48 ff.; Ulmer, S. 84.
 - 4 Inkonsequenterweise bejaht auch Reuter, Diss., S. 136 dieses Ergebnis, obwohl er vorstehend, ebenda, vom Erlöschen der schuldrechtlichen Beziehungen ausging.

Gläubigerschaft und Schuldnerstellung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in einem Subjekt zusammentreffen, das Träger verschiedener Vermögensmassen ist. Auch nach dem KAGG kann durch Universalsukzession ein Rechtsverhältnis entstehen, allerdings nicht zwischen den Vermögenskreisen der KAG, sondern zwischen Eigen- und SV der Depotbank.

Erlischt das Verwaltungsrecht der KAG bezüglich der SV aus den in § 12 genannten Gründen¹, so bestimmt § 13 I für die Treuhandlösung, daß das bisher im Eigentum der KAG stehende SV als ganzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge² ipso jure auf die Depotbank als dem neuen Zurechnungssubjekt übergeht. Die Depotbank wird ohne rechtsgeschäftliche Übertragungsakte Eigentümer sämtlicher Wertpapiere sowie Gläubiger aller zum SV gehörenden Forderungen. Dazu gehören auch Forderungen, deren Schuldner die Depotbank vor der Gesamtnachfolge war.

Schreibt die Depotbank während der Sondervermögensverwaltung durch die KAG die von den Anteilhabern bar eingezahlten oder überwiesenen Ausgabepreise, § 11 III Satz 3, oder die Kaufpreise aus dem Verkauf von Wertpapieren, Satz 4, dem Sperrkonto des SV gut, so wird die KAG im Augenblick der Gutschrift seitens der Depotbank Gläubiger einer gegen die Depotbank als Schuldnerin gerichteten Guthabensforderung³. Diese zum SV gehörende Guthabensforderung geht infolge der Gesamtrechtsnachfolge auf die Depotbank über, so daß sie nunmehr auch noch die Gläubigerstellung bezüglich der gegen sie gerichteten Forderung erlangt. Obwohl sich im KAGG keine dem § 1976 BGB entsprechende Norm findet, erlischt die Guthabensforderung nicht durch Konfusion, Einer dem § 1976 BGB nachgebildeten Vorschrift bedurfte es deswegen nicht, weil im Augenblick des Übergangs des SV auf die Depotbank diese als Sondervermögensträger zu einem juristisch gespaltenen Rechtssubjekt wird.

1 Vgl. dazu ausführlich Diss. Schäcker, S. 63 ff.

2 Vgl. Dürre-Full, § 13 Anm. 1.

3 Vgl. dazu näher die Ausführungen bei Ebner v. Eschenbach, Diss., S. 28 f.

Das Vermögen des Erblassers ist zu dessen Lebzeiten keine SV und auch nach dem Erbfall verschmilzt es durch Annahme der Erbschaft¹ mit dem übrigen Vermögen des Alleinerben zu einer einheitlichen Vermögensmasse. Für das Aufrechterhalten von Rechtsbeziehungen zwischen Nachlaß und übrigem Vermögen ist daher zunächst kein Raum, so daß die zwischen dem Erblasser und Erben bestehenden Rechtsverhältnisse durch Konfusion zum Erlöschen kommen². Erweist es sich später als notwendig, im Interesse des Liquidationszweckes durch Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurses den Nachlaß als SV vom Eigenvermögen zu trennen, so muß die Konfusionswirkung mit unmittelbarer, nicht nur verpflichtender Wirkung vom Gesetz extunc ungeschehen gemacht werden³. Die Bedeutung des § 1976 BGB liegt also allein darin, daß er rückwirkend eine Rechtsfolge beseitigt, deren Eintritt zunächst durch die mit der Gesamtrechtsnachfolge verbundenen Vermögensverschmelzung gerechtfertigt war.

Dieser Tatbestand liegt aber bei der Gesamtrechtsnachfolge nach § 13 I nicht vor. Der Investmentfonds ist vor der Gesamtnachfolge ein SV und er verliert diese Eigenschaft auch nicht, wenn er kraft Gesetzes aus dem Zuständigkeitsbereich der KAG ausscheidet und in die Zuständigkeit der Depotbank gelangt⁴, da auch weiterhin ein zu schützendes Interesse der Anteilhaber an seinem ungeschmälernten Bestand besteht. Forderung und Schuld fallen nicht in denselben Vermögenskreis zusammen, sondern gehören zum Sonder- bzw. Eigenvermögen der Depotbank als einem nun-

1 Zwar ist auch die Erbschaft vor Annahme wegen der haftungsrechtlichen Sonderbehandlung zum Schutz des vorläufigen Erben ein SV. s. oben S. 14, aber es ist nicht soweit SV, daß die Rechtsbeziehungen zwischen Erblasser und Erben aufrechterhalten bleiben müßten. Schlägt der vorläufige Erbe die Erbschaft vor, so gelten wegen § 1953 I BGB die mit dem Anfall erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen.

2 Vgl. auch Dacke, S. 53; Staudinger-Lehmann, § 1976 Anm. 1.

3 Vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 1976 Anm. 1.

4 Der die Rechtsfolgen regelnde § 13 II spricht auch weiterhin von "Sondervermögen".

mehr ebenfalls juristisch gespaltenen Rechtsträger, so daß das SV einen Anspruch gegen die Depotbank als Träger ihres Eigenvermögens hat¹. Je nachdem, ob sich die Depotbank entschließt, das SV abzuwickeln oder eine andere KAG mit der Verwaltung zu beauftragen, § 13 II, hat sie entweder als einziger Liquidator die der Guthabensforderung entsprechende Summe quotenmäßig an die Anteilhaber zu verteilen, oder aber über den Wortlaut des § 13 II Satz 2 hinaus² alle Sondervermögensgegenstände und damit auch die gegen sie gerichtete Guthabensforderung in ihrer Eigenschaft als verfassungsberechtigter Sondervermögensträger auf die neue KAG zu übertragen.

1 Vgl. für die KAG oben S. 49 f.

2 Vgl. Siara-Tormann, § 13 Anm. II, S. 54 a. E.

§ 8 Die Möglichkeit des Entstehens von Rechtsbeziehungen
auf Grund vertraglicher Vereinbarungen

1. Problemstellung

Wurden bisher Rechtsbeziehungen zwischen den Vermögensmassen der KAG lediglich aus außervertraglichen Tatbeständen aufgezeigt, so ist weiterhin noch zu prüfen, ob schuldrechtliche Rechtsverhältnisse zwischen den SV und dem Eigenvermögen auch durch Verträge entstehen können. Praktisch handelt es sich darum, ob es möglich und zulässig ist, daß auf Grund eines Kauf- oder Tauschvertrages Wertpapiere des SV in das Eigenvermögen oder umgekehrt aus dem Eigen- in das SV gelangen können und ob solche Verträge auch zwischen den verschiedenen SV möglich sind. Problematisch erscheint dabei wegen des einzigen Vermögensträgers, der KAG, wer die am Vertragsschluß beteiligten Parteien sind, in wessen Person die Vertragswirkungen eintreten und welche Leistungspflicht diese primär zum Inhalt haben.

Um diesen im Rahmen des Kapitalanlagegesetzes bisher noch nicht erörterten Problembereich aufzuhellen, sollen die zu den übrigen SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Meinungen herangezogen werden.

2. Die Entstehung vertraglicher Rechtsbeziehungen bei einheitlicher Rechtsträgerschaft im allgemeinen

Bei Überprüfung des Schrifttums, das sich mit der Möglichkeit des Entstehens vertraglicher Beziehungen zwischen den Vermögensmassen desselben Rechtssubjekts befaßt, fällt auf, daß diese Möglichkeit fast ausschließlich nur in den Fällen getrennter Verfügungsmacht behandelt wird¹. Vereinzelt nur wird ausdrücklich

1 Vgl. z. B. Fitting, S. 35, 298 f.; v. Gierke II, S. 69, Fußn. 89; Hellwig, Anspruch, S. 238; Jaeger-Weber § 117 Anm. 18; v. Tuhr I, S. 341.

betont¹, daß die vertragliche Begründung von Rechtsbeziehungen nur deshalb möglich sei, weil die Verwaltung und damit die Verfügungsmacht hinsichtlich des allgemeinen und des SV in verschiedenen Händen liegt¹. Befinde sich aber das SV unter derselben Verfügungsbefugnis des Rechtsträgers, so seien vertragliche Rechtsbeziehungen nicht denkbar.

Da es sich bei den SV der Treuhandlösung nicht um solche mit getrennter Verfügungsmacht handelt, sind vorweg die bei Vertragsschluß in diesen Fällen auftauchenden Besonderheiten herauszuarbeiten, um festzustellen, warum die vertragliche Begründung von Rechtsbeziehungen bei SV unter der eigenen Verwaltung des Rechtsträgers unmöglich sein soll.

a) Vertragsschluß in den Fällen getrennter Verfügungsmacht

Unproblematisch ist hierbei die Frage, wer als Partei die zum Vertragsschluß notwendigen, übereinstimmenden Willenserklärungen abzugeben hat. Will z. B. der Gemeinschuldner aus seinem unter Konkursverwaltung stehenden Geschäft Waren für sein konkursfreies Vermögen anschaffen oder beabsichtigt ein Sondervermögensverwalter, Gegenstände des allgemeinen Vermögens durch Vertrag mit dem Eigner für das SV zu erwerben², so steht es diesem als ein mit dem Vermögenseigner nichtidentischen, in der Willensbildung von ihm unabhängigen Subjekt frei, den Vertragsschluß durch Abgabe von Angebots- und Annahmeerklärung mit jenem zustandezubringen.

Ohne an dieser Stelle bereits auf den Vertragsinhalt eingehen zu wollen, ist die noch nicht eindeutig beantwortete Frage zu klären, in wessen Person die Vertragswirkungen eintreten, d. h. wer Gläubiger und wer Schuldner aus dem Vertrage wird.

1 Vgl. Diss. Brandt, S. 8; Diss. Hunn, S. 83; wohl auch v. Tuhr II 1, S. 228, Fußn. 152.

2 Diese Beispiele nennt v. Tuhr I, S. 336 f.

aa) Eintritt der Vertragswirkungen in der Person des Vermögensseigners als einem juristisch gespaltenen Rechtsträger

Dazu soll zunächst die Rechtslage betrachtet werden, die sich darbietet, wenn der Sondervermögensverwalter im Rahmen ordnungsgemäßer Vermögensverwaltung mit einem Dritten kontrahiert. Nicht unbestritten ist hierbei, ob sich der Verwalter persönlich berechtigt und verpflichtet oder ob Rechtsbeziehungen aus obligatorischen Verträgen nur zwischen dem Vermögensseigner und dem Dritten entstehen. Nach h. M., gleichgültig, ob es sich im einzelnen um Anhänger der Amts- oder Vertretertheorie handelt, gehen die Rechtswirkungen durch die Person des handelnden Sondervermögensverwalters hindurch und finden ihren Zurechnungspunkt ausschließlich in dem Vermögenssubjekt¹, genauer, im Vermögenssubjekt als Träger des SV². Dagegen steht eine Mindermeinung auf dem Standpunkt, daß der Verwalter bei Verpflichtungsgeschäften lediglich eine Haftung des verwalteten Vermögens neben der ihn selbst treffenden Schuld i. S. des Leistungsbefehls begründe³ bzw. daß das Forderungsrecht in seiner Person entstehe und nur hinsichtlich des Leistungserfolgs das SV materiell berechtigt sei⁴. Der h. M. ist vor allem aus dogmatischen Gründen der Vorzug vor dieser Mindermeinung zu geben. Nur sie verhindert das schon an anderer Stelle aufgezeigte⁵ systemwidrige Auseinanderfallen von Schuld des Verwalters und Haftung des Eigners

-
- 1 Vgl. allgemein: Planck-Flad Vorbem. vor § 164 Anm. 2b; ferner: BGB-RGRK-Kregel, § 2205 Anm. 14; Kipp-Coing, § 68 III 6, S. 302 f.; 437; Mentzel-Kuhn, § 6 Anm. 9; Palandt-Keidel, Einf. vor § 2197 Anm. 1, Staudinger-Dittmann, § 2206 Anm. 16.
 - 2 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 42 I 3b, S. 259; derselbe in Erman, § 1975 Anm. 3; Jaeger-Lent, § 6 Anm. 2, 19; Staudinger-Lehmann, § 1975 Anm. 7; v. Lübtow in JZ 1960, 151.
 - 3 Vgl. Dölle in Festschrift für Fritz Schulz II, S. 279 f.; Hamburger, S. 146; Diss. Knull, S. 70; v. Tuhr I, S. 120 ff.; Soergel-Schultze v. Lasaulx, Vor § 164 Anm. 90.
 - 4 Vgl. Diss. Knull, S. 71.
 - 5 Vgl. oben S. 76.

als Träger des SV. Es bedarf nicht der Annahme einer eigenen persönlichen Schuld des Verwalters, um seine Verpflichtung zur Vornahme der Handlungen zu erklären, die zur Erfüllung der Schuld des Sondervermögensträgers erforderlich sind. Die das SV treffenden Verbindlichkeiten des Eigners hat er im Rahmen seiner allgemeinen Verwaltungspflichten als fremde Schuld zu erfüllen¹, da der Vermögenseigner dazu wegen seiner fehlenden Verfügungsbefugnis nicht mehr in der Lage ist. Auch das Entstehen eines eigenen Gläubigerrechts des Verwalters auf Leistung in das SV ist abzulehnen, da er die dem Sondervermögensträger zustehende Forderung auf Grund einer Einziehungsermächtigung geltend zu machen befugt ist. Andernfalls dürfte auch die Erklärung schwerfallen, warum die dem Verwalter selbst zustehende Forderung nicht als Befriedigungsobjekt seinen persönlichen Gläubigern dienen kann.

An dem Ergebnis der h. M., wonach die Rechtswirkungen aus ordnungsgemäßen rechtsgeschäftlichen Verwaltungshandlungen ausschließlich den Vermögenseigner als Träger des SV und den Dritten treffen, ist festzuhalten, falls der Sondervermögensverwalter statt mit einem Dritten nun mit dem Eigner selbst einen Vertrag schließt. Zwecks Unterstützung der vorstehend dargestellten Mindermeinung bedient sich Knull dieses möglichen Falles, um die h. M. ad absurdum zu führen. Kontrahiert der Sondervermögensverwalter mit dem Eigner selbst, so sollen nach Knull² "Verbindlichkeiten und Ansprüche aus diesem Vertrag dieselbe Person in der gleichen Rechtssphäre mit dem gleichen Vermögen" treffen. Forderung und Schuld treffen zwar bei tatsächlicher Betrachtungsweise dieselbe einheitliche Person, fallen aber gerade nicht in der gleichen Rechtssphäre in dem gleichen Vermögen zusammen. Vielmehr wird durch die Erklärung des Verwalters einerseits das SV,

1 Vgl. auch Planck-Siber, Vorbem. III C 4b, cc S. 32 ff. "Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil".

2 Diss. Knull, S. 72.

d. h. der Eigner als Träger des SV berechtigt und verpflichtet, während der Vermögenseigner sich andererseits als juristisch gespaltenes Rechtssubjekt in seiner Eigenschaft als Träger seines Eigenvermögens berechtigt und verpflichtet. Eine eindeutige Bestätigung der Richtigkeit dieses Ergebnisses findet sich bei Jaeger¹ für den Fall, daß der Konkursverwalter den Gemeinschuldner "in den Dienst der Masse" nimmt. Den Dienstvertrag schließt hier der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners in seiner Eigenschaft als Masseträger einerseits mit ihm als Subjekt des konkursfreien Vermögens andererseits ab, so daß Gläubiger des Masse schuldanspruchs aus § 59 Nr. 1 KO der Gemeinschuldner als Träger seines konkursfreien Vermögens, Masseschuldner derselbe als Träger der Konkursmasse wird^{2 3}. Soweit ersichtlich, wurde nur in einer vereinzelt gebliebenen gerichtlichen Entscheidung⁴ diese Rechtsfolge hervorgehoben, um die Rechtswirksamkeit eines Vertrages zwischen Nachlaßverwalter und Alleinerben über eine Darlehensgewährung aus dem Nachlaß mit Rückerstattungspflicht zu verneinen. Der Erbe sollte deshalb nicht Schuldner des Nachlasses werden können, weil Gläubiger einer aus dem Nachlaß vom Nachlaßverwalter gewährten Darlehenssumme ebenfalls "nur der Erbe mit der Verfügungsbeschränkung der Nachlaßverwaltung, nicht dagegen der Nachlaßverwalter" sein kann⁵. Diese Entscheidung wird von der überwiegenden Meinung⁶ deshalb kritisiert, weil sie die besondere recht-

1 Vgl. Jaeger, 6. /7. Aufl. § 6 Anm. 15a; ebenfalls Jaeger-Lent, § 57 Anm. 3.

2 Darin ist eine konsequente Fortführung der Theorie der juristisch gespaltenen Rechtsperson zu erblicken und nicht eine Anerkennung der Lehre von der Masse als "Quasi-Rechtssubjekt", wie Böttcher in JZ 1963, 585 Fußn. 14 annimmt.

3 Dagegen führt nach Wolff, § 57 Anm. 3 in diesem Fall eine Konfusion zum Erlöschen des Schuldverhältnisses.

4 Vgl. KG in HRR 1932 Nr. 1661; im Anschluß daran heute noch BGB-RGRK-Johannsen, § 1976 Anm. 2.

5 Vgl. KG ebenda, 2. Sp.

6 Vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 1976 Anm. 2; Lange, § 51 II 2 cE, S. 653; Palandt-Keidel, § 1976 Anm. 1a; Staudinger-Lehmann, § 1976 Anm. 8.

liche Zuordnungsmöglichkeit des SV außer acht läßt. Nach der hier vertretenen Spaltungstheorie liegt keine Personeneinheit zwischen den Berechtigten und Verpflichteten vor, wenn der Sondervermögensverwalter mit dem Eigner einen Vertrag schließt, der auf eine Vermögensübertragung zwischen SV und Eigenvermögen gerichtet ist.

a b) Inhalt der Leistungspflicht

Einen anderen Einwand gegen die Gültigkeit solcher Verträge erhebt Binder¹. Nach seiner Auffassung ist z. B. ein Kaufvertrag zwischen Nachlaßverwalter und Erben - gerichtet auf eine Veräußerung aus dem SV in das Eigenvermögen - wegen Unmöglichkeit der Leistung deshalb nichtig, weil die zu kaufende Sache ohnehin schon im Eigentum des Erben stehe, §§ 433, 306 BGB.

Damit stellt sich generell die Frage nach dem Inhalt der Leistungspflicht, falls sich der Vermögenseigner als Sondervermögenssträger und Träger des Eigenvermögens in einer Gläubiger- und Schuldnerposition gegenüberstehen.

Nach § 433 I 1 BGB ist der Verkäufer einer Sache u. a. zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Werden normalerweise Vermögensobjekte in Erfüllung eines Schuldverhältnisses von einem Vermögenskreis in einen anderen übertragen, die jeweils zwei tatsächlich verschiedenen Rechtssubjekten zugeordnet sind, so verliert der Verfügende sein Recht, während der Rechtsnachfolger das vorher in dessen Person bereits vorhandene Recht neu erwirbt. Der Wechsel des Eigentums oder Forderungsrechts ist also grundsätzlich mit einem Wechsel des Rechtssubjekts verbunden. Aus diesem Grunde stehen die meisten Autoren, die sich mit dem Inhalt der obligatorischen Rechtsverhältnisse zwischen gesonderten Vermögensmassen unter einheitlicher Rechtsträgerschaft befassen, auf dem Standpunkt, daß ein solches Rechtsverhältnis nicht zu

1 Vgl. Binder II, S. 103.

einer Rechtsübertragung verpflichte¹, sondern zu einem "minus" einer bloßen "Bestands- oder Vermögensverschiebung"², da der zwischen den Vermögensmassen zu leistende Gegenstand vorher und nachher dasselbe Rechtszuordnungssubjekt besitzt. Nach erfolgter Bestandsverschiebung ändert sich die dingliche Rechtslage an dem geleisteten Gegenstand nur insoweit, als dieser entweder in die verfügungs- und haftungsrechtlichen Beschränkungen des SV einbezogen wird oder daß durch Überführung aus dem Sonder- in das Eigenvermögen das Verwaltungsrecht des Verwalters daran erlischt. So schreibt Jaeger³, der Gemeinschuldner könne vom Konkursverwalter einen Gegenstand der Teilungsmasse kaufen, es handle sich aber nicht um einen Sachkauf, da er lediglich die Befugnis wiedergewänne, die ihm die Konkursverstrickung nach § 6 KO in Ansehung des Gegenstandes entzogen hätte. Es handle sich um eine "erkaufte Freigabe", das Verpflichtungsgeschäft sei ein Kaufvertrag über Rechte⁴, §§ 433 I 2 BGB, 59 Nr. 1 KO. Ob die Befugnisse der Sondervermögensverwalter aber als "Rechte" i. S. des § 433 I 2 BGB aufgefaßt werden können, erscheint fraglich⁵, und wird in der einschlägigen Literatur, soweit ersichtlich, nicht angenommen. Außerdem bleibt zweifelhaft, unter welchen Vertragstypus des besonderen Schuldrechts ein Vertrag fallen soll, der umgekehrt den Gemeinschuldner als Träger des konkursfreien Vermögens verpflichtet, Gegenstände in die Masse zu überführen. Vor der gleichen Schwierigkeit stehen all die, die in einer bloßen Vermögensverschiebung und nicht in einer Eigentumsübertragung den geschuldeten Leistungserfolg aus Ver-

1 Vgl. Fitting, S. 299.

2 Vgl. Diss. Brandt, S. 65; Diss. Hunn, S. 61.

3 Vgl. 6./7. Aufl. § 117 Anm. 18; ebenso Jaeger-Weber, ebenda.

4 Binder, S. 103 spricht vom "Kauf einer Befreiung von einer Verbindlichkeit".

5 Um ein dingliches Recht der Verwalter am SV handelt es sich nach heute ganz h. M. jedenfalls nicht. Das wird auch von Jaeger-Lent, § 6 Anm. 27, nicht behauptet.

äußerungsverträgen zwischen Verwalter und Eigner erblicken; es sei denn, man sieht in einem solchen Schuldvertrag einen Vertrag *sui generis*. Weiterhin stellt sich für die Gegner einer echten Rechtsübertragung zwischen SV und Eigenvermögen das Problem, welche Anforderungen an eine Erfüllungshandlung zu stellen sind, falls es sich lediglich um eine Verpflichtung zur "Vermögensverschiebung" handelt¹.

Es drängt sich daher die Frage auf, ob die bisher zu diesem Punkt bei SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft vertretenen Auffassungen dem Wesen des SV als einem rechtlich weitgehend vom Eigenvermögen abgeschirmten Rechtskreis gerecht werden.

Daß eine translatorische Rechtsnachfolge begrifflich nicht notwendigerweise mit einem tatsächlichen Subjektswechsel verbunden sein muß, falls Rechte aus einem SV in ein anderes SV übergehen sollen, ist heute h. M. in all den Fällen, in denen die Vermögensrechte aus einem Gesamthandsvermögen in ein anderes, gleich strukturiertes Gesamthandsvermögen übertragen werden, bei denen als Gesamthandsberechtigte sowohl auf der Veräußerer- als auch auf der Erwerberseite dieselben identischen Rechtssubjekte beteiligt sind. Findet z. B. die Überführung zwischen zwei aus denselben Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaften² oder zwei aus denselben Miterben bestehenden Miterbenge-

1 Wegen einer wünschenswerten Offenlegung der Vermögensverschiebung werden die allgemeinen Grundsätze der Rechtsübertragungen analog herangezogen. So Brandt, Diss., S. 85; Hunn, Diss., S. 90; scheinbar auch Enneccerus-Kipp-Wolff, "Familienrecht", § 57 I 3 a S. 227; dagegen lassen Jaeger-Weber, § 117 Anm. 18 für den Fall einer Veräußerung aus der Konkursmasse eine einseitige Freigabeerklärung des Verwalters an den Gemeinschaftsdner genügen; so auch v. Tuhr I, S. 336, obwohl nach ihm ein echter Eigentumsübergang vorliegt.

2 Vgl. Hueck, "Das Recht der offenen Handelsgesellschaft", S. 167 m. w. N. in Fußn. 40.

meinschaften¹ statt, so handelt es sich um eine echte rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung, die bei Grundstücksübereignungen Auflassung und Eintragung voraussetzt. Die gedanklich an sich richtige Erwägung, daß bei einer solchen Personengleichheit dieselben natürlichen Personen gesamthänderisch Eigentümer bleiben, tritt hinter der bedeutsameren Erwägung zurück, daß diese Personen auf beiden Seiten verschiedene Vermögensmassen verkörpern, denen das Gesetz nun einmal eine weitgehende rechtliche Selbständigkeit zuerkennt². Wenn Hueck³, ohne die Gesamthandsgemeinschaften zu juristischen Personen zu erheben, daraus folgert, daß "der Übergang aus dem einen Vermögen in ein anderes einen Wechsel der Rechtszuständigkeit bedeutet", so werden sachlich damit auch die Gesamthänder nach der hier vertretenen Spaltungstheorie als juristisch gespaltene Rechtspersonen behandelt. Die identischen Gesamthänder ABC als Träger des SV x sind juristisch zu unterscheiden von denselben Gesamthändern als Träger des SV y. Nur unter dieser Prämisse läßt sich die zutreffende Behauptung Hueck's vom Wechsel der Rechtszuständigkeit aufrechterhalten.

An dieser Stelle wird die Parallele zu Vermögensverschiebungen bei SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft deutlich, die ebenfalls, besonders bei getrennter Verfügungsmacht, vom übrigen Vermögen durch eine weitgehende rechtliche Sonderbehandlung verselbständigt sind. Denn ob es sich bei den Sondervermögensmassen und dem Eigenvermögen um dieselbe einheitliche Zuständigkeit oder um dieselbe gesamthänderische Zuständigkeit handelt, ist für die Frage des Subjektwechsels zwischen juristisch gespaltenen Rechtspersonen und dem damit verbundenen Rechtsübergang unerheblich. Ebenso wie die gesamthänderischen SV, so wird auch das SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft wesentlich dadurch bestimmt, daß es einem besonderen Zweck, vor allem einer be-

1 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 36 I 8, S. 217.

2 Vgl. RGZ 136, 406.

3 Ebenda.

sonderen Schuldenhaftung gewidmet ist, die eine bestimmte Rangordnung zwischen Sondervermögensgläubigern und Eigengläubigern schafft. Folglich müssen verschiedene Schuldenhaftungen auf Grund verschiedener Zwecke und Interessen verschiedenes Eigentum schaffen¹.

Hat in Erfüllung eines Schuldverhältnisses zwischen SV und Eigenvermögen unter einheitlicher Rechtsträgerschaft eine Vermögensverschiebung zu erfolgen, so bedarf es auch hier wegen des zwischen dem juristisch gespaltenen Rechtsträger stattfindenden Subjektwechsels echter rechtsgeschäftlicher Übertragungsakte.

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Kaufverträge zwischen Eigen- und Sondervermögen mit getrennter Verfügungsmacht werden von den in der Willensbildung voneinander unabhängigen Sondervermögensverwaltern und den Vermögenseignern als Vertragsparteien abgeschlossen. Berechtigungen und Verpflichtungen treffen ausschließlich den Vermögenseigner als juristisch gespaltenes Rechtssubjekt in der Sphäre des SV und Eigenvermögens. Der Eigner als Träger der verpflichteten Vermögensmasse schuldet der berechtigten Masse eine Eigentumsverschaffung bzw. die Übertragung anderer Rechte.

b) Vertragsschluß in den Fällen derselben Verfügungsmacht

Soweit Möglichkeit und Zulässigkeit der Begründung vertraglicher Rechtsbeziehungen zwischen den Vermögensmassen unter einheitlicher Rechtsträgerschaft mit derselben Verfügungsmacht in der Rechtssprechung und im Anschluß daran in der Literatur überhaupt erörtert werden, geschieht das, soweit ersichtlich, nur im

1 Vgl. zu dieser Begründung Bartholomayczik, ebenda; im Anschluß an ihn Brox, "Erbrecht", Rdn. 593; v. Tuhr I, S. 337, Fußn. 21 läßt den Gemeinschuldner bzw. Erben deswegen neues Eigentum aus dem SV erwerben, weil der Verwalter infolge seiner Verfügungsmacht in der Lage ist, ihm das Eigentum zu entziehen.

Zusammenhang mit zwei konkreten Fallgruppen. Dabei fällt auf, daß die Unzulässigkeit der Begründung derartiger Vertragsverhältnisse vor allem mit begrifflich-logischen Gründen gerechtfertigt wird.

In der ersten Gruppe geht es um die Entscheidung der Frage, ob ein Vorerbe auf Grund eines Rechtsgeschäfts zwischen Vorerbschaft und freiem Vermögen ein Recht des Eigenvermögens mit dinglicher Wirkung für das SV erwerben kann. In seinem grundlegenden Beschluß vom 23. Januar 1911 erkennt das Kammergericht¹ zwar an, daß der Vorerbe in seiner Hans zwei Vermögensmassen vereinigt, rechtlich sei es aber nicht denkbar, daß er eine zu seinem freien Vermögen gehörende Teilhypothek der Vorerbschaftsmasse als Entgelt für die von ihm eingezogene Erbschaftshypothek in gleicher Höhe zuweist. In einem solchen Übergang läge ein Erwerb eigener Sachen², der vorwiegend schon deshalb unstatthaft sei, weil das dem Erwerb zugrunde liegende Rechtsgeschäft nur im eigenen Namen mit sich selbst ebenfalls im eigenen Namen geschlossen werden könne, eine rechtsgeschäftliche Einigung aber das Zusammenwirken mindestens zweier Personen voraussetze³. Die Ausnahmenvorschrift des § 181 BGB liege wegen des ausschließlichen Handelns des Alleinvorerben im eigenen Namen nicht vor⁴.

Der logische Mangel, dessentwegen solche Rechtsgeschäfte nicht denkbar sein sollen, wird offenbar schon im Fehlen zweier Personen bei Vertragsabschluß gesehen.

1 KGI 40. Abt. A, Nr. 38, 183 ff.

2 Damit wird das oben bei den SV unter fremder Verwaltung bereits ausgeräumte Gegenargument auch bei den SV unter eigener Verwaltung erhoben.

3 KG ebenda, S. 186; im Anschluß daran später BayObLGZ 21, Abt. B Nr. 5, 12; ebenso BGB-RGRK-Johannsen, § 2111 Anm. 2; Siebert-Ehard-Eder, § 2111 Anm. 5; Staudinger-Seybold, § 2111 Anm. 1; Planck-Flad, Anm. 4a vor § 2100.

4 KG ebenda, S. 187.

In der zweiten Fallgruppe, bei der es sich allerdings nicht um Veräußerungsgeschäfte zwischen den Vermögensmassen handelt, sind zwar am Vertragsschluß nichtidentische Personen beteiligt, trotzdem wird auch hier aus begrifflich logischen Gründen heraus das Entstehen vertraglicher Forderungen und Schulden verneint. Konkret geht es um die Frage, welche Wirkung einem Berge- oder Hilfslohnvertrag beizumessen ist, der zwischen den Kapitänen des rettenden und des zu rettenden Schiffes abgeschlossen wird, wenn beide Schiffe im Eigentum desselben Reeders stehen¹.

Gehören das rettende und das gerettete Schiff verschiedenen Reedern, so ist, gleichgültig, ob der Bergung oder Hilfeleistung ein zwischen den Schiffen als Vertreter der Reeder² geschlossener Vertrag zugrunde liegt oder nicht, forderungsberechtigt der Reeder des rettenden Schiffes³, während der Reeder des geretteten Schiffes als Schuldner⁴ Zahlung zu leisten hat. Da der schuldende Reeder für seine Verbindlichkeit nur beschränkt mit dem Schiffs-sondervermögen haftet, § 753 I HGB, diese Haftungsbeschränkung aber nicht wie bei den erbrechtlichen SV unter fremder Verwaltung mit einer Haftungssonderung gekoppelt ist, so steht dem Gläubiger als Korrelat dafür ein "Schiffsgläubigerrecht", § 754 Nr. 4 HGB, d. h. ein gesetzliches Vorzugspfandrecht am Schiffsvermögen zu, § 755 HGB⁵. Auch wenn zwischen zwei Schiffen desselben Reeders die Berge- oder Hilfeleistung erfolgt, kann kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung des § 743 HGB dennoch Berge- und Hilfslohn verlangt werden, so daß der Reeder ein Pfandrecht am eigenen geretteten Schiff hat⁶.

-
- 1 Vgl. dazu Schaps-Abraham, § 743 Anm. 13; ausführlich Wüstendörfer in Ehrenberg, "Handbuch", S. 432 ff.
 - 2 Zur Stellung des Kapitäns als Vertreter des Reeders s. oben S. 15.
 - 3 Schaps-Abraham, § 749 Anm. 6.
 - 4 Schaps-Abraham, § 740, Anm. 46.
 - 5 Vgl. Wüstendörfer, Seehandelsrecht, S. 134.
 - 6 Schaps-Abraham, § 743 Anm. 10.

Diese gesetzlich von selbst eintretende Rechtsfolge soll aber nach h. M. nicht durch einen Vertrag herbeigeführt werden können, den die Kapitäne des rettenden und des notleidenden Schiffes bezüglich des Berge- und des Hilfslohnes miteinander abschließen. Ein solcher Vertrag sei "logisch undenkbar"¹, "rechtlich unmöglich"², einer Verabredung zwischen zwei Vertretern desselben Subjekts könne die Bedeutung eines rechtlich bindenden Vertrages nicht beigelegt werden³, da dies auf einen Vertragsschluß des Vertretenen mit sich selbst hinauslaufen würde⁴.

Trotz der den Vertrag schließenden nicht identischen Personen wird die begriffliche Unmöglichkeit des Rechtsgeschäfts hier offensichtlich darin erblickt, daß Rechtswirkungen innerhalb des Rechtskreises derselben Person, des vertretenen Readers, nicht entstehen können⁵.

3. Vertragsschluß bei den SV der Treuhandlösung
 - a) Zur Frage einer rechtsbegrifflich möglichen Konstruktion unter kritischer Würdigung der bei den SV mit derselben Verfügungsmacht herrschenden Ansicht

Wäre die vorstehend bei der Vorerbschaft und den Schiffssondervermögen dargestellte Begründung richtig, so könnte die KAG schon wegen rein formaljuristischer Hindernisse keine rechtsgeschäftlichen Verschiebungen von Wertpapieren zwischen ihrem Eigenvermögen und einem SV oder zwischen den SV untereinander vornehmen. Das würde einmal, wie bei der Vorerbschaft, darauf beruhen, daß die zur Abgabe der Vertragserklärungen benötigten

1 Hans GZ 1903, Nr. 61, 139.

2 RGZ 58, 194; zustimmend auch v. Tuhr I, S. 342, Fußn. 33, obwohl er sonst die Möglichkeit der Begründung vertraglicher Beziehungen anerkennt.

3 Hans GZ 1905, Nr. 83, 183.

4 Vgl. auch Schaps-Abraham, § 743 Anm. 13.

5 So Diss. Hunn, S. 110 a. A.

verschiedenen Personen fehlten¹. Selbst wenn die KAG diesen Mangel dadurch beheben wollte, daß sie ein anderes Rechtssubjekt, z. B. die Depotbank, zur Vornahme von Rechtsgeschäften bezüglich einer Sondervermögensmasse bevollmächtigte, um dann mit ihr einen Kaufvertrag abzuschließen, so würde dieser Vertrag zum anderen, ähnlich wie bei den Schiffsvermögen, als Vertrag eines Vertreters mit dem Vertretenen rechtlich unmöglich sein.

Der erstrebte Erfolg, eine Verlagerung von Wertpapieren aus einem Fonds in einen anderen Fonds oder in das Eigenvermögen, könnte nur dadurch erreicht werden, daß die KAG die betreffenden Werte in Erfüllung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrages an diesen übereignet, um sie anschließend wieder für die betreffende Vermögensmasse zurückzuerwerben. Allein diese Möglichkeit, den gewollten Erfolg letztlich doch durch das Dazwischenschieben eines Dritten zu erreichen, wenn auch umständlicher und kostspieliger als auf dem Wege einer direkten Vermögensverschiebung zwischen den Vermögenskreisen², ist dazu angetan, die Richtigkeit der h. M. anzuzweifeln, soweit sie die Begründung vertraglicher Rechtsbeziehungen an begrifflich logischen Momenten scheitern läßt. Insoweit zieht sie aus der Abspaltung eines rechtlich gesonderten Vermögenskreises aus dem Gesamtvermögen einer Person und der damit verbundenen Spaltung der Interessensphäre des Vermögensträgers nicht die richtige Konsequenz. Auch vertraglich begründete Forderungen und Schulden setzen keineswegs zwei verschiedene Vermögensmassen und tatsächlich verschiedene Personen voraus, wie v. Lübtow

1 So für die Investmentfonds wohl auch Geßler in WM 1957, a. a. O., S. 18, denn "das Sondervermögen hat keine eigene Rechtspersönlichkeit und die KAG kann nicht zugleich im eigenen Namen einerseits für eigene Rechnung Wertpapiere verkaufen und für Rechnung der Anteilinhaber kaufen".

2 Auf dieses Argument stützen sich Palandt-Keidel, § 2111 Anm. 5 und daran anschließend Erman-Hense, § 2111 Anm. 2, um die Zulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen Vorerbenschaft und freiem Vermögen zu begründen.

unter Verweisung auf v. Tuhr annimmt¹. Forderung und Schuld entstehen auch in zwei getrennten Vermögenskreisen, die nicht zwei verschiedenen Personen zugeordnet sind, falls, wie oben nachgewiesen², ein Vertragsschluß zwischen Sondervermögensverwalter und Eigner, gerichtet auf Vermögensübertragung zwischen dessen Vermögensmassen, zustande kommt. Anerkennt man die nahezu unbestrittene Sondervermögenseigenschaft des Schiffsvermögens, so hat auch der Reeder als Zuständigkeitssubjekt seiner Schiffe und seines übrigen Vermögens mehrere getrennte Vermögensmassen. Folglich geht es nicht an, einen Vertragsschluß zwischen zwei Kapitänen oder einem Kapitän mit seinem Reeder, gerichtet auf Berge- oder Hilfslohn, aus den gesetzlichen Gründen deshalb für unzulässig zu erklären, weil Rechtswirkungen innerhalb eines Rechtskreises derselben Person nicht entstehen könnten. Diese Argumentation ist nur dann richtig, falls die Einheit von Vermögen und Vermögenssubjekt unversehrt bleibt. Nur dann fallen die aus Rechtsgeschäften des Vertretenen mit seinem Vertreter oder zweier Vertreter desselben Vertretenen resultierenden Vertragswirkungen in derselben Person in einer Vermögenssphäre zusammen. Solche Rechtsgeschäfte sind nicht nach § 181 BGB unzulässig, der wegen der Art des Vertragsabschlusses gar nicht vorliegt, sondern deshalb, weil nicht dieselbe Person mit einem einheitlichen Vermögenskreis zugleich Berechtigter und Verpflichteter sein kann³.

1 Vgl. v. Lütow in JZ 1960, 152 unter Nr. 2; soweit er, ebenda in Fußn. 18, auf v. Tuhr II 1, S. 228 verweist, gibt dieser aber in Fußn. 152 ausdrücklich zu erkennen, daß unter zwei Vermögenskreisen, in denen Vertragswirkungen eintreten können, auch Haupt- und Sondervermögen derselben Person zu verstehen sind.

2 Vgl. oben S. 102.

3 Dann wird aber gewöhnlich nicht auf die Einheit des Vermögens, sondern auf die Personenidentität dessen hingewiesen, der Gläubiger bzw. Schuldner werden soll. So im Normalfall, wenn kein SV besteht; Vgl. BGB-RGRK-Kuhn, § 181 Anm. 4; RG Seuff. A 82 Nr. 5, S. 9; Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 181 Anm. 22; Staudinger-Coing, § 181 Anm. 15; v. Tuhr II 2, S. 369.

Ist aber die Einheitlichkeit des Gesamtvermögens durch die Ausgliederung eines oder mehrerer SV durchschnitten und handeln Vertreter und vertretener Rechtsträger mit Wirkung für und gegen eine bestimmte jeweils verschiedene Vermögensmasse, so daß Forderung und Schuld sich nicht in demselben Rechtskreis verwirklichen, so entbehrt ein solches Rechtsgeschäft zur Gültigkeit keinesfalls logischer Voraussetzungen. Recht und Verbindlichkeit finden ihren Zurechnungspunkt in dem juristisch gespaltenen Rechtssubjekt als Träger verschiedener Vermögensmassen. Dieses für die SV unter fremder Verwaltung bereits erarbeitete Ergebnis muß logisch-konstruktiv auch für die SV gelten, die unter der eigenen Verwaltung des Vermögensträgers stehen. Unterschiede ergeben sich nicht aus der Art des Eintritts der Vertragswirkungen in gesonderten Vermögenskreisen, sondern aus der Rechtsstellung der bei Vertragsschluß einander gegenüberstehenden Parteien.

Wendet sich der Vermögenseigner an den Sondervermögensverwalter mit dem Ansinnen, die kraft Gesetzes festgelegten Grenzen zwischen SV und Eigenvermögen durch Rechtsgeschäft zu verändern, da er selbst dazu wegen des Entzugs des Verwaltungsrechts nicht in der Lage ist, so steht ihm ein in der Willensbildung völlig unabhängiges Subjekt gegenüber, das als neutraler Amtstreuhänder in erster Linie die Interessen des SV zu wahren hat.

Kontrahiert dagegen in den Fällen derselben Verfügungsmacht der Vermögenseigner mit einem von ihm selbst bezüglich des SV bestellten Vertreter, so stehen sich nicht zwei selbständige rechtsgeschäftliche Willen gegenüber. Somit könnte der Eigner durch Rechtsgeschäft mit dem ihm weisungsunterworfenen Vertreter dem Sondervermögenszweck zuwiderlaufende Rechtsfolgen herbeiführen. Diese Erwägung ist eigentlich dafür ausschlaggebend gewesen, warum ein Vertrag zwischen den Schiffen zweier demselben Reeder gehörenden Schiffe über Berge- und Hilfslohn nicht

zustande kommen soll. Man wollte verhindern, worauf schon Pappenheim¹, später Wüstendörfer² hinweisen, daß der Reeder durch willkürliche Rechtsgeschäfte, die er oder seine Vertreter eingehen, sein Schiff in beliebiger Höhe mit Schiffsgläubigerrechten belasten kann zum Nutzen für sich selbst und zum Schaden für andere Schiffsgläubiger, deren dinglich begrenztes Recht auf diese Weise vereitelt oder im Rang verschlechtert würde.

Allein dieses, auch in anderen Fällen von SV mit derselben Verfügungsmacht einer verständigen Interessenabwägung sicher gerecht werdende Ergebnis rechtfertigt es dogmatisch nicht, eine im Einzelfall rechtspolitisch unerwünschte Folge durch die Anführung formal-logischer, begriffsjuristischer Gründe zu vermeiden, die beim Vorhandensein von SV unzutreffend sind.

Einen Kaufvertrag zwischen der KAG und einem in Hinsicht auf ein SV von ihr bevollmächtigten Vertreter, gerichtet auf eine Übereignung von Wertpapieren zwischen Eigen- und Sondervermögen, wird man also nicht an begrifflich fehlenden Voraussetzungen scheitern lassen können. Darüber hinaus ist dann in konsequenter Weiterführung der einmal begonnenen juristischen Spaltung des einheitlichen Vermögenssubjekts konstruktiv auch ein solcher Vertragsschluß denkbar, den die KAG im eigenen Namen als Träger ihres Eigenvermögens mit sich, namens und als Träger des SV, d. h. mit Wirkung für und gegen das SV abschließt³.

Ebenso wie zwischen gesamthänderischen SV mit identischen Gesamthändlern, aber verschiedenen Zweckbindungen Rechtsbezie-

1 a. a. O., S. 318.

2 Vgl. Seehandelsrecht, S. 141.

3 So im Ergebnis wohl auch Palandt-Keidel, § 2111 Anm. 5, die die Zulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen SV und freiem Vermögen des Vorerben unter Hinweis auf die Sondervermögensstruktur der Vorerbschaft dartun. Vgl. auch Erman-Hense, § 2111 Anm. 2, die von "Insichgeschäften" des Vorerben sprechen.

hungen des Kaufes begründet werden können¹, so würde auch die KAG als juristisch gespaltenen Rechtsträger durch Abschluß obligatorischer Verträge die Sondervermögensmassen und ihr Eigenvermögen berechtigen und verpflichten, falls diese Verträge materiellrechtlich wirksam wären.

b) Die materiellrechtliche Wirksamkeit der Verträge

Auf einer anderen Ebene als das Problem konstruktiv möglicher Verträge zwischen gesonderten Vermögenskreisen unter einheitlicher Rechtsträgerschaft mit derselben Verfügungsmacht bewegt sich die weitere Frage, ob solche hinsichtlich ihres Tatbestandes und der eintretenden Rechtswirkungen begrifflich denkbaren Rechtsgeschäfte auch materiell rechtswirksam werden können. Dazu soll zunächst der Fall eines Kaufes zwischen dem Eigenvermögen der KAG und einem SV betrachtet werden.

ba) Vertragsschluß zwischen Eigen- und Sondervermögen

Dem Wirksamwerden eines Vertrages, durch den sich die KAG als Träger ihres Eigen- und eines Sondervermögens berechtigt und verpflichtet, Wertpapiere gegen Entgelt aus einem Vermögenskreis in den anderen zu überführen, könnte das Verbot des § 181 BGB entgegenstehen. (§ 181 BGB, 1. Alternative).

Um die Anwendbarkeit des § 181 BGB auf den vorliegenden Sachverhalt festzustellen, ist zunächst zu prüfen, ob dessen tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind, d.h. ob formal ein Insichgeschäft vorliegt oder nicht.

Das Merkmal eines durch § 181 BGB verbotenen Insichgeschäfts besteht in einer Personenidentität der beiden Geschäftsparteien bei Vertragsabschluß². Der mögliche Einwand, Rechtsgeschäfte

1 So für identische Miterben, Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 36 I 8, S. 217.
2 Vgl. Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 181 Anm. 22.

der KAG als Träger des SV und Träger des Eigenvermögens könnten schon deshalb nicht unter § 181 BGB fallen, weil sich in dem juristisch gespaltenen Rechtssubjekt zwei Parteien gegenüberstehen, wäre nicht begründet.

Er würde den Unterschied zwischen der Lebenswirklichkeit und einer begrifflich-dogmatisch notwendigen juristischen Konstruktion außer acht lassen. Tatsächlich kommt allein in der Person des satzungsgemäß berufenen Organs der KAG die schuldrechtliche Willenseinigung mit Wirkung für und gegen das Eigen- und Sondervermögen zustande. Wird das "Insichgeschäft" dadurch bestimmt, "daß verschiedene und einander entgegenstehende Interessen der Vertragsschließenden bei dem Vertragsschlusse einen und denselben Vertreter gefunden haben"¹, so kann nicht geleugnet werden, daß auch die KAG durch einen Vertragsschluß als Träger des SV und als Träger ihres Eigenvermögens ein Rechtsgeschäft mit sich selbst vornimmt.

Dennoch scheitert eine glatte Subsumtion unter den strikten Wortlaut des Gesetzes daran, daß § 181 BGB nur das Selbstkontrahieren gesetzlicher Vertreter und Bevollmächtigter erfaßt².

Diese Personen erzeugen durch rechtsgeschäftliches Handeln in eigenem Namen mit sich in fremdem Namen, d. h. mit unmittelbarer Wirkung für und gegen sich selbst und den Vertretenen³, Rechtswirkungen in verschiedenen Vermögenskreisen, die tatsächlich verschiedenen Rechtsträgern zugeordnet sind. Die KAG hingegen berechtigt und verpflichtet durch ihre Insichgeschäfte zwar auch verschiedene Rechtskreise, aber nur solche Rechts-

1 So wörtlich RGZ 108, 405 ff. (407).

2 Vgl. Erman-Böhle-Stamschräder, § 181 Anm. 2; zur Frage, ob auch die Sondervermögensverwalter unter den § 181 fallen, vgl. unten S. 122.

3 Eine andere Bedeutung kommt dem Begriffspaar "Handeln in eigenem Namen und in fremdem Namen" nicht zu. Vgl. Lehmann/Hübner, S. 301.

kreise, die in ihrer eigenen Zuständigkeit stehen. Sie handelt nicht als Vertreter in fremdem Namen mit unmittelbarer Wirkung für und gegen ein anderes Subjekt, sondern als Verwalter mit Wirkung auf eine Sondervermögensmasse, deren eigener Rechtsträger sie neben ihrem eigenen Vermögen ist.

Es besteht also beim Selbstschluß des juristisch gespaltenen Rechtssubjekts zwischen Eigen- und Sondervermögen formal ein Insichgeschäft, aber kein Insichgeschäft der in § 181 BGB zugrunde gelegten Art. Damit unterscheidet sich dieser Sachverhalt und die Frage einer analogen Anwendung des § 181 BGB grundlegend von dem anderen bekannten Problemkreis zur Auslegung des § 181 BGB, bei dem es darum geht, ob diese Norm analog anzuwenden sei, wenn zwar der durch § 181 BGB zu verhindernde Interessenkonflikt vorliegt, der äußere Tatbestand eines Insichgeschäfts aber fehlt¹.

Im Gegensatz dazu kontrahiert die KAG bei Rechtsgeschäften mit Wirkung für und gegen das Sonder- und Eigenvermögen mit sich selbst. Sie tätigt nur das Insichgeschäft nicht, wie es der Wortlaut des § 181 BGB fordert, als Vertreter, sondern als juristisch gespaltenen Rechtsträger verschiedener separierter Vermögensmassen. Einer entsprechenden Anwendung des § 181 BGB stünde dann nichts entgegen, falls Sinn und Zweck des gesetzlich geregelten Tatbestandes eine Gleichbehandlung dieses durch § 181 BGB nicht erfaßten Sachverhaltes rechtfertigen würden.

Der rechtspolitische Zweck, der zum Erlaß der Verbotsnorm des § 181 BGB führte, war der, den Vertretenen gegen Schädigungen in einem Interessenkonflikt mit dem Vertreter zu schützen². Da bei einem rechtsgeschäftlichen Akt die Interessen der beiden Par-

1 Deswegen braucht dieses Problem hier nicht behandelt zu werden. Vgl. dazu m. w. N. aus Literatur und Rechtsprechung: Boehmer, S. 50, 1a, 66 ff.; Staudinger-Coing, § 181 Anm. 3, 3a - 3d; Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 181 Anm. 28-31.

2 Vgl. auch Prot. I, 175.

teilen im allgemeinen nicht gleichlaufen, sondern entgegengesetzt sind, besteht bei einem Rechtsgeschäft, bei dem dieselbe Person als Vertreter ihrer eigenen Interessen und der des Geschäftsgegners handelt, die Gefahr, daß sie ihre Vertreterstellung zu eigenem Vorteil mißbraucht¹.

Die gleiche Konfliktsituation unter Gefahr eines Machtmißbrauchs besteht auch bei Rechtsgeschäften zwischen Eigen- und Sondervermögen, obwohl die KAG nicht als "Vertreter" im technischen Sinne handelt.

Juristisch gesehen steht das SV in der Zuständigkeit der KAG. Es ist aber lediglich fiduziarisches Treugut², das wirtschaftlich den Anteilinhabern gehört, die es durch ihre Einlagen erst gebildet haben und in deren Interesse es zwecks Realisierung der wirtschaftlichen Beteiligung durch Rückgabe der Anteilscheine gegen Auszahlung ihres Anteils ungeschmälert erhalten bleiben muß. Bei auf Vermögensaustausch zwischen Sonder- und Eigenvermögen gerichteten Rechtsgeschäften stehen sich also die Interessen der Anteilinhaber und die der KAG gegenüber. Zwar wird man, die Solidität der deutschen KAG's und ihrer Gesellschafterbanken in Betracht ziehend, nicht behaupten können, daß bei solchen Rechtsgeschäften grundsätzlich die Gefahr besteht, ein Investmentfonds würde zum "rechtlichen Schuttablageplatz"³. Es ist aber nicht von der Hand zu weisen, daß den KAG's im Einzelfall die Möglichkeit offensteht, jeweils am Jahresende zur Aufbesserung der eigenen Bankbilanz schwach gewordene Aktien bei den Fonds "in Pension" zu geben⁴, oder sie als "Verschiebebahnhof"⁵ für Aktiendisposi-

1 Vgl. Boehmer, S. 47.

2 Vgl. auch Diss. Baum, S. 95; Diss. v. Dietel, S. 25 ff., Diss. Ebner v. Eschenbach, S. 16; Diss. Schäcker, S. 58 f.

3 Vgl. Lange, § 26 III 1, S. 233, Fußn. 4, gegen die Möglichkeit von Rechtsgeschäften zwischen Vorerbschaft und freiem Vermögen.

4+5 Vgl. "Der Spiegel", Nr. 38, 1966, 49 und den Wirtschaftsteil der FAZ vom 22. 9. 1965, die diese Ausdrücke allerdings im Zusammenhang mit Verschiebungen zwischen den Gesellschafterbanken der KAG's und Investmentfonds gebrauchen.

tionen auf eigene Rechnung zu benutzen.

Zwar sind bis zur Grenze des möglichen Wortsinnes des § 181 BGB nur solche Insichgeschäfte unwirksam, durch die ~~deselbe~~ Person als Vertreter Rechtswirkungen in verschiedenen Vermögensmassen verschiedener Subjekte erzeugt. Diese, nur im Normalfall der Einheitlichkeit von Vermögen und Vermögenssubjekt eintretende Rechtsfolge muß aber ihrer teleologischen Zielsetzung nach analog auch für diejenigen Insichgeschäfte derselben Person gelten, die wegen der Bildung von SV als juristisch gespaltener Rechtsträger Berechtigungen und Verpflichtungen in ihren getrennten Vermögenskreisen hervorrufen will.

Kaufverträge der KAG zwischen Sonder- und Eigenvermögen sind nicht aus logischen Gründen undenkbar, sondern sie sind als Insichgeschäfte nach § 181 BGB analog unwirksam¹.

bb) Vertragsschluß zwischen zwei Sondervermögen

Schließt die KAG für und wider zwei von ihr verwaltete Investmentfonds einen Kauf- oder Tauschvertrag, um Effekten von einem SV in ein anderes zu übertragen, so liegt ebenfalls ein Insichgeschäft vor, das in diesem Fall allerdings dem Tatbestand der Doppel- bzw. Mehrvertretung², § 181 BGB 2. Alternative, entspricht. Ein Konflikt zwischen ihren eigenen Interessen und denen der Anteilinhaber besteht dann nicht. Die Mehrvertretung wurde deswegen unter das Verbot des § 181 BGB genommen, um generell die Gefahr auszuschalten, daß der gemeinsame Interessenvertreter zweier Parteien seine Befugnisse zum Vorteil einer Partei mißbraucht. Berechtigt und verpflichtet die KAG mittels eines Insichgeschäftes zwei verschiedene SV, so wird im Gegensatz zu obigem Fall ein aktueller Interessenzwiespalt und die Ge-

1 Zur Frage einer eventuellen Gestattung s. unten S. 120.

2 Vgl. Staudinger-Coing, § 181 Anm. 1.

fahr eines Mißbrauchs wegen der unübersehbaren Zahl der Anteilhaber, die der KAG im einzelnen gar nicht bekannt sind, wohl kaum auftauchen.

Nur falls man § 181 BGB dahingehend einschränkt, ihn nicht anzuwenden, wenn zwar seine Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, eine Interessenkollision aber nicht vorhanden ist, würden Rechtsgeschäfte zwischen der KAG als Träger zweier Sondervermögensmassen nicht gegen diese Norm verstoßen.

Liegen jedoch die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Insichgeschäftes nach § 181 BGB vor, was auch hier in Parallele zur Doppelvertretung bejaht werden muß, so kommt es nach ganz h. M. in Rechtsprechung¹ und auch im Schrifttum² für das Eingreifen der Rechtsfolge nicht mehr darauf an, ob im Einzelfall ein Interessegegensatz vorhanden ist oder nicht. Einer allgemeinen Tendenz, § 181 BGB im Wege einer teleologischen Reduktion überall dort auszuschalten, wo zwar ein Insichgeschäft gegeben ist, aber in concreto kein Interessenkonflikt besteht, wird mit Recht wegen der Eigenart dieser Norm als einer formalen Ordnungsvorschrift nirgendwo das Wort geredet. Insoweit wird nach h. M. die Norm von der ratio isoliert.

Insichgeschäfte der KAG könnten allenfalls dann vollwirksam sein, falls Selbstkontrahieren und Mehrvertretung vom grundsätzlichen Verbot durch Gestattung ausgenommen wären.

Eine ausdrückliche Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung findet sich, soweit ersichtlich, in keiner

1 So die letzte Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 157, 24 ff. (31 a. E.). Vgl. ferner die Zusammenstellung der Entscheidungen bei Boehmer, S. 54, Fußn. 4, 5; in diesem Sinne auch BGHZ 21, 229 ff., (231); BGH in NJW 1960, 2285, 2. Sp.

2 Vgl. die Ausführungen bei Boehmer, S. 51, 1b, 52 ff.; Erman-Böhle-Stamschräder, § 181 Anm. 1; Enneccerus-Nipperdey II, § 181 III; Palandt-Danckelmann, § 181 Anm. 2; Staudinger-Coing, § 181 Anm. 3b.

einzigsten Vertragsbedingung, nach der sich das Rechtsverhältnis der KAG zu den Anteilhabern bestimmt, § 14 I. Zwar kann sich die Gestattung auch stillschweigend, d. h. aus den Umständen des Einzelfalles ergeben. Es sind aber keine Umstände ersichtlich, die den Schluß rechtfertigen, daß die in ihrer Interessensphäre tangierten Anteilhaber der KAG den Abschluß von Rechtsgeschäften mit sich selbst, mag es sich dabei auch um Geschäfte zwischen zwei SV handeln, stillschweigend gestattet haben. Eine solche mögliche Willensäußerung durch schlüssiges Verhalten wird vor allem in den Fällen anerkannt, in denen das Insichgeschäft der identischen Vertragspartei auf Grund einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht erfolgt¹. Die Befugnisse der KAG beruhen aber nicht auf einer Bevollmächtigung oder Ermächtigung von seiten der Anteilhaber, sondern folgen unabhängig von deren Willen unmittelbar aus dem Gesetz selbst.

Weiterhin läßt sich hier der bei Handschenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder verfochtene Gedanke nicht aufrechterhalten, Insichgeschäfte der KAG in ihren gesetzlichen Aufgabenkreis einzubeziehen, also "Gestattung" durch das Gesetz anzunehmen². Das KAGG enthält keine Bestimmung, aus der eine gesetzliche Befugnis der KAG hergeleitet werden könnte, Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen die Vermögensmassen abzuschließen. Ganz im Gegenteil betont es an mehreren Stellen ausführlich den Grundsatz der Sonderung der verschiedenen Vermögensmassen voneinander³. Daraus kann implizite eher geschlossen werden, daß es der KAG als Vermögensträger verwehrt sein soll, nach freiem Belieben durch Insichgeschäfte Werte des einen Vermögenskreises in einen anderen zu übertragen. Aus denselben Erwägungen liegt es schließlich noch ferner, Rechtsgeschäfte der

1 Vgl. Boehmer, S. 53; Erman-Böhle-Stamschräder, § 181 Anm. 11; Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 181 Anm. 33; RGZ 68, 172 ff. (177).

2 Vgl. dazu Boehmer, ebenda.

3 Vgl. z. B. §§ 1 I, 6 I 3, 6 III.

KAG mit sich selbst im Wege einer "Gestattung nach Verkehrsüblichkeit" wirksam werden zu lassen. Nach der von der h. L.¹ angenommenen Gestattung aus der Verkehrsübung soll die Rechtsfolge des § 181 BGB dort nicht eingreifen, "wo nach allgemeiner Verkehrssitte solche Geschäfte üblich und unentbehrlich sind". Gerade die Unentbehrlichkeit von obligatorischen Rechtsgeschäften zwischen den SV nach dem KAGG, bzw. einem SV mit dem Eigenvermögen der KAG, wird aber nicht zu bejahen sein.

Aus dem all folgt, daß vertragliche Rechtsbeziehungen zwischen den SV nach der Treuhandlösung untereinander und zwischen einem SV und dem Eigenvermögen der KAG wegen der analogen Anwendbarkeit des § 181 BGB nicht begründet werden können. Die Unwirksamkeit wird praktisch auf eine unheilbare Nichtigkeit hinauslaufen, da eine zum Wirksamwerden der Verträge notwendige Zustimmung aller Anteilinhaber schon aus tatsächlichen Gründen wenig wahrscheinlich ist.

4. Exkurs: Vertragsschluß bei den Sondervermögen der Miteigentumslösung

Um zu überprüfen, ob die soeben gefundene Lösung im Ergebnis auch bei den SV nach der Miteigentumslösung die gleiche ist, was als Bestätigung ihrer Richtigkeit gewertet werden kann, soll auch hier gefragt werden, wer als Vertragspartei die Rechtsverhältnisse zwischen den Vermögensmassen begründet und in wessen Person die Vertragswirkungen eintreten, bzw. welche Umstände der Gültigkeit des Vertragsschlusses entgegenstehen.

Da bei der Miteigentumslösung das Eigenvermögen der KAG und die SV verschiedenen Rechtsträgern zugeordnet sind, ergeben sich

1 Vgl. Boehmer, S. 52; ferner für Gestattung aus der Verkehrsübung: Erman-Böhle-Stamschräder, § 181 Anm. 12; Lehmann/Hübner, S. 316; Palandt-Danckelmann, § 181 Anm. 4a; Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 181 Anm. 35; dagegen lösen Kuhn und Coing, BGB-RGRK, § 181 Anm. 24; Staudinger, § 181 Anm. 19i, diese Fälle mit "stillschweigender Gestattung".

bei ihr nicht dieselben dogmatisch begrifflichen Schwierigkeiten wie bei der Treuhandlösung. Durch einen das SV und das Eigenvermögen der KAG treffenden Vertrag würde ein Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Bruchteilsgemeinschaft der Anteilinhaber als Trägern des SV hergestellt. Da weiterhin bei den SV der Miteigentumslösung Rechtsträgerschaft und Verfügungsmacht getrennt sind, so bedarf es einer rechtsgeschäftlichen Einigung der KAG als Sondervermögensverwalter für und gegen die Anteilsinhaber mit sich selbst in eigenem Namen, um einen obligatorischen Kauf- oder Tauschvertrag zwischen Sonder- und Eigenvermögen zustande zu bringen. Dieser Sachverhalt ist vergleichbar mit der Rechtslage in den Fällen anderer SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft und getrennter Verfügungsmacht, in denen ein Sondervermögensverwalter rechtsgeschäftlich mit sich selbst verkehrt, um im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit Sondervermögensgegenstände in sein eigenes Vermögen zu überbringen. Der Bundesgerichtshof hat dazu im 30. Band ausgeführt¹, daß es wegen der Gleichheit der Konfliktslage bei solchen Insichgeschäften dogmatisch richtig sei, den § 181 BGB grundsätzlich auch auf das Selbstkontrahieren des Testamentvollstreckers sowie der übrigen ermächtigten Sondervermögensverwalter entsprechend anzuwenden.

Zweiseitig verpflichtende Verträge zwischen der KAG und den Anteilinhabern als Sondervermögensträgern sind aber nicht erst deswegen unwirksam, weil sie als Insichgeschäfte dem Verbot des § 181 BGB unterliegen², sondern schon deshalb, und darin unterscheidet sich ja die Stellung der KAG von der der übrigen Verwalter, weil sie trotz ihres Verfügungsrechts nicht die Macht hat, die Anteilinhaber als offener Stellvertreter oder auf Grund einer Verpflichtungsermächtigung schuldrechtlich zu binden³. Sind schon

1 Vgl. BGHZ 30, 67 ff., (69); im selben Sinne auch BGH in NJW 1963, 1616.

2 So aber im Ergebnis v. Pannwitz, Diss. S. 52.

3 Vgl. oben S. 23.

aus diesem Grunde Kausalverträge nichtig, so müssen auch abstrakte Verfügungsgeschäfte wegen § 181 BGB analog nichtig sein, da sie ja dann nicht "ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit" getätigt werden.

Im Ergebnis können also weder bei der Treuhandlösung noch bei der Miteigentumslösung rechtsgeschäftliche Vermögensübertragungen zwischen den Sondervermögensmassen und dem eigenen Vermögen der KAG vorgenommen werden.

§ 9

Das Erlöschen der Rechtsbeziehungen zwischen
Eigen- und Sondervermögen

Nachdem die vorstehenden Prüfungen ergeben haben, daß Rechtsverhältnisse der zu behandelnden Art nur kraft Gesetzes entstehen, ist weiterhin zu fragen, wodurch sie zum Untergang gebracht werden können, denn wie alle Schuldverhältnisse sind sie darauf angelegt, in der Befriedigung des Gläubigers ihren Zweck zu erfüllen. Soweit man sich damit außerhalb des Kapitalanlagegesetzes bisher überhaupt befaßte, herrschte Einigkeit über die Anerkennung der allgemeinen Gründe, die auch normalerweise zum Erlöschen von Schuldverhältnissen führen¹. Das sind vor allem die Erfüllung, §§ 362 ff. BGB, sowie die übrigen Erfüllungssurrogate.

Mögliche Forderungen des SV gegen das Eigenvermögen haben außer dem Anspruch auf Besitzherausgabe² ausschließlich den Charakter von Ersatzansprüchen, sei es aus unerlaubter Handlung³, positiver Forderungsverletzung⁴ oder aus der Sondernorm des § 18 I 3⁵. Regelmäßig werden sie auf Geld gerichtet sein, ebenso wie der Ausgleichsanspruch des Eigenvermögens gegen das SV analog § 426 BGB⁶, der Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB i. V. mit § 9 III⁷, sowie der Rückzahlungsanspruch aus § 10 II⁸.

Im folgenden sollen die bei Erfüllung dieser Ansprüche nach dem KAGG sich ergebenden Besonderheiten aufgezeigt werden.

1 Vgl. Diss. Brandt, S. 83, 89; Diss. Hunn, S. 87 ff.; Enneccerus-Kipp-Wolff, "Familienrecht", § 57 I 5, S. 229.

2 Vgl. oben S. 87 f.

3 Vgl. oben S. 39.

4 Vgl. oben S. 70.

5 Vgl. oben S. 88.

6 Vgl. oben S. 80 f.

7 Vgl. oben S. 76. Im Einzelfall kann aber auch Naturalersatz in Frage kommen. Vgl. Erman, § 256 Anm. 6.

8 Vgl. oben S. 89 ff.

1. Erfüllung

a) Ansprüche des Sondervermögens gegen das Eigenvermögen

Hat das SV als Gläubiger einen Anspruch gegen die KAG als Träger des Eigenvermögens, so erlischt das Schuldverhältnis gemäß § 362 I BGB, wenn die KAG aus ihrem eigenen Vermögen die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt. Gläubiger i. S. einer materiellen Rechtszuordnung ist sie selbst als Träger des SV. Da aber in Analogie zu § 11 VIII Ziff. 1 die Verfügungsmacht über Sondervermögensforderungen allein bei der Depotbank liegt¹, muß die KAG den geschuldeten Leistungsgegenstand, Geld oder Wertpapiere im Falle des Naturalersatzes, der Depotbank übertragen, um ein Erlöschen der Forderung und ihrer Schuld herbeizuführen.

Wie oben schon erwähnt, ist in der Verschiebung von Vermögensgegenständen zwischen Eigen- und Sondervermögen auch bei einheitlicher Rechtsträgerschaft eine echte Rechtsübertragung zu erblicken². Folglich hat die Leistungshandlung bei Übereignung von Geld oder Inhaberpapieren aus dem Eigenvermögen in das SV in Form des § 929 BGB zwischen KAG und Depotbank zu erfolgen³. Aus der die Verwahrungsfunktion der Depotbank begründenden Vorschrift des § 11 ist zu entnehmen, daß sie sich den unmittelbaren Besitz an den Leistungsgegenständen einräumen lassen muß (Ausnahme: Drittverwahrung bei einer Wertpapiersammelbank, § 11, III, 2). Dadurch wird zwar nicht die Übereignung im Wege der §§ 929 ff. BGB ausgeschlossen. Sollte sich aber die Depotbank mit den Übergabesurrogaten statt der tatsächlichen Übergabe begnügen, so kann sie sich dadurch u. U. schadensersatzpflichtig machen.

1 Vgl. oben S. 65 f.

2 Vgl. oben S. 105 f.

3 Dagegen müssen die Anhänger der entgegengesetzten Meinung die allgemeinen Vorschriften für analog anwendbar erklären. Vgl. oben S. 104, Fußn. 1 ; auch v. Tuhr I, S. 337.

Obwohl die Eigentumsübertragungsakte zwischen KAG und Depotbank stattfinden, erwirbt die Depotbank nicht selbst Eigentum, sondern die geleisteten Gegenstände gelangen unabhängig von ihrer Willensrichtung kraft dinglicher Surrogation, 6 II 1. Alternative, in die Zuständigkeit des SV.

Den Anspruch auf Herausgabe des Besitzes an den Wertpapieren nach § 812 BGB erfüllt die KAG dadurch, daß sie der Depotbank nach § 854 I BGB die tatsächliche Gewalt an ihnen verschafft.

b) Ansprüche des Eigenvermögens gegen das Sondervermögen

Bestehen Forderungen des Eigenvermögens gegen das SV, so ist, ebenso wie oben unter a), Träger von Recht und Verbindlichkeit die KAG als juristisch gespaltenes Rechtssubjekt. Der Unterschied zu oben besteht aber darin, daß die KAG als Gläubiger und Träger ihres Eigenvermögens auch die Verfügungsbefugnis über die Forderung hat, die sie als identischer Schuldner durch Leistung aus dem ihr ebenfalls zugeordneten SV erfüllen muß.

Aus dogmatischer Sicht ist daher hier die Frage schwieriger zu beantworten, auf welche Weise ein solches Rechtsverhältnis durch Erfüllung zum Erlöschen gebracht werden kann¹.

ba) Die innerhalb des Kapitalanlagekomplexes vertretene Meinung

Als einziger in der Spezialliteratur zum KAGG hat bisher Ebner v. Eschenbach diese rechtliche Ausnahmesituation gesehen, ohne allerdings aus der Verselbständigung des SV unter einheitlicher Rechtsträgerschaft die richtigen Konsequenzen zu ziehen². Die

1 Ehrenberg, S. 423 a. E. erkannte diese Problematik offenbar noch nicht. Hat der dominus aus seinem Privatvermögen Werte ausgeschieden, die dem SV zugute kommen, "so mag er sie eben wieder aus diesem in jenes zurücküberführen".

2 Diss., S. 69 ff. im Zusammenhang mit dem Anspruch aus §§ 9 III, 670 BGB, der sich seiner Meinung nach allerdings gegen die Anteilinhaber richtet.

aufgetauchten Schwierigkeiten sucht er dadurch zu umgehen, daß er der KAG bei der Treuhandlösung in Analogie zu den §§ 398, 399 HGB ein pfandartiges Befriedigungsrecht an den Gegenständen des SV zuspricht¹, das auch der Einkaufskommissionär, der noch Eigentümer des Kommissionsgutes ist, an eigener Sache hat. In diesem pfandartigen Befriedigungsrecht sieht er die Rechtsgrundlage, sich wegen ihrer Ansprüche, die aus dem SV zu erfüllen sind, zu befriedigen².

Diese Konstruktion ist schon deshalb wenig zufriedenstellend, weil sie die KAG in diesen Fällen auf den umständlichen Weg des Pfandverkaufs verweist. Darüber hinaus stößt sie aber auch auf rechtliche Bedenken, da die Tätigkeit der KAG mit den wesentlichen Merkmalen der kaufmännischen Kommission nicht übereinstimmt³. Folglich entfallen wegen mangelnder Ähnlichkeit der Tatbestände die Voraussetzungen einer analogen Anwendung der Kommissionsvorschriften des HGB auf die Rechtsverhältnisse innerhalb des Kapitalanlagewesens.

bb) Vergleich mit den Rechtsverhältnissen des Schiffs-sondervermögens, der vorläufigen Erbschaft und der Alleinvorerbschaft

Auch die Rechtsbeziehungen der anderen bisher genannten SV unter eigener Verwaltung desselben Rechtsträgers können nicht als Vergleichsbasis herangezogen werden, um festzustellen, wie Ansprüche des allgemeinen Vermögens gegen das der Eigenverwaltung unterliegende SV befriedigt werden.

Findet z. B. eine Berge- oder Hilfsleistung zwischen zwei Schiffen desselben Reeders statt, so läßt § 743 HGB zwar dessen ungeach-

1 a. a. O., S. 70 ff.

2 a. a. O., S. 72 a. A.

3 Vgl. die ausführliche Begründung bei Schäcker, Diss., S. 112 ff.; gegen die Anwendung der Kommissionsvorschriften auch Consrbruch in BB 1957, 339, 2. Sp.

tet einen Anspruch des Reeders auf Berge- oder Hilfslohn entstehen, so daß ein Schuldverhältnis, gerichtet auf Leistung vom Schiffsvermögen des geretteten Schiffes zum übrigen Vermögen¹, hergestellt zu sein scheint. Unter Heranziehung des § 754 Nr. 4 HGB ergibt sich aber daraus lediglich ein Schiffsgläubigerrecht des Reeders am eigenen Schiff, welchem eine Forderung wegen der vorliegenden Personenidentität nicht zugrunde liegt. Nach ganz h. M.² erschöpft sich das Rechtsverhältnis des Reeders zu seinem Schiff in der Existenz eines begrenzten dinglichen Rechts an eigener Sache ohne eine dem Pfandrecht zugrunde liegende Forderung, ähnlich der Eigentümergrundschuld. Wegen der prozessualen Unmöglichkeit, einen Titel gegen sich selbst zu erstreiten, ist es dem Reeder versagt, sein Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiff im Wege einer Duldungsklage geltend zu machen. Von Bedeutung ist es danach vor allem dann, wenn ein dritter Gläubiger die Zwangsversteigerung des Schiffes betreibt. Im Vollstreckungsverfahren nämlich kann der Reeder sein Pfandrecht anmelden und gemäß der ihm zukommenden Rangstelle am Versteigerungserlös teilhaben³. Insofern ist also die Rechtslage bei den Schiffssondervermögen in keiner Weise vergleichbar mit dem Gläubiger-Schuldnerverhältnis zwischen der KAG als Träger des Eigen- und des Sondervermögens.

Die rechtliche Regelung der vorläufigen Erbschaft und der Vorerbschaft kennt zwar kein dingliches Recht an eigener Sache. Forderungen des vorläufigen Erben oder des Vorerben als Träger ihres Eigenvermögens richten sich aber nicht wie die der KAG gegen das in ihrer Zuständigkeit stehende SV. Das hat seinen Grund darin, daß der Entstehungstatbestand der Rechtsbe-

1 Vgl. oben S. 108.

2 Vgl. Schaps-Abraham, § 743 Anm. 10 sowie Vor § 754 Anm. 21 m. w. N.; Wüstendörfer, Seehandelsrecht, S. 141, 4a; auch Diss. Hunn, S. 109 m. w. N.

3 Vgl. Schaps-Abraham, Vor § 754 Anm. 23; Wüstendörfer, "Handbuch", S. 435 f.

ziehungen zwischen den Vermögenskomplexen gegenüber den bisher erwähnten Fällen zeitlich bis zu dem Punkt verschoben wird, in welchem die SV, ihrer Zweckbestimmung entsprechend, aus dem Bereich des vorübergehend berechtigten vorläufigen Erben, bzw. Vorerben ausscheiden, um in die Zuständigkeit des endgültig Berechtigten überzugehen¹.

Besorgt z. B. der vorläufige Erbe vor der Ausschlagung ordnungsgemäß erbschaftliche Geschäfte, die sein Eigenvermögen schmälern und dem SV zugute kommen, so belasten die ihm daraus erwachsenden Ersatzansprüche, §§ 1959, 683 BGB, erst nach Ausschlagung den endgültigen Erben als Nachlaßverbindlichkeit².

Dieselbe Rechtsfolge für die Vorerbschaft ordnen die §§ 2124 II Satz 2, 2125 I, 2126 sowie 2143 BGB an, wonach der Vorerbe Aufwendungsersatz erst nach Eintritt des Nacherbfalles vom Nacherben verlangen kann³ und wonach auch die durch Konfusion erloschenen Forderungen und Verbindlichkeiten erst mit Eintritt der Nacherbfolge wieder auflieben. Wegen der zeitlichen Verschiebung der Entstehung von Rechtsbeziehungen zwischen Eigenvermögen einerseits und vorläufiger Erbschaft bzw. Vorerbschaft andererseits auf die Ausschlagung der Erbschaft bzw. den Nacherbfall stehen sich in dem vorläufigen und endgültigen Erben und in dem Vor- und Nacherben zwei tatsächlich nichtidentische Subjekte als Gläubiger und Schuldner gegenüber. Folglich kann aus diesem Grunde kein Vergleich zu dem Schuldverhältnis zwischen Investmentfonds und Eigenvermögen der KAG gezogen werden kann.

1 So richtig Brandt, Diss., S. 36.

2 Vgl. Palandt-Keidel, § 1959 Anm. 2; die Rechtsnatur dieser Schuld als Nachlaßverbindlichkeit wird allenthalben betont; Vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 1959 Anm. 5; Planck-Flad, § 1959 Anm. 3; Staudinger-Lehmann, § 1959 Anm. 7. Nach Brandt, Diss., S. 38 a. A. ist das eine Selbstverständlichkeit, da es sich ja materiell um Ansprüche des Eigen- gegen das Sondervermögen handelt.

3 Auch hierbei handelt es sich um Nachlaßverbindlichkeiten des Nacherben, Vgl. Staudinger-Seybold, § 2144 Anm. 3.

bc) Vergleich mit den Rechtsverhältnissen des dürftigen und überbeschwerten Nachlasses § 1991 BGB

Dagegen drängt sich in den Absätzen I und II des § 1991 BGB eine Parallele im Bereich zweier Vermögenskomplexe auf, deren sondervermögensrechtliche Einordnung in dieser Arbeit bisher noch nicht erfolgte und die in der Literatur nicht einheitlich behandelt wird. Ob hier in strikter Parallelität zur Forderung der KAG gegen den Investmentfonds ein Anspruch des endgültigen Erben als Träger seines Eigenvermögens gegen den Nachlaß vorliegen kann¹, den er als dessen schuldender und Verfügungsberechtigter Träger in einer Person zu erfüllen hat, hängt davon ab, ob der dürftige, § 1990 BGB, oder der überbeschwerte Nachlaß, § 1992 BGB, SV ist oder nicht.

Zwecks Beantwortung dieser Frage sind zwei Zeitabschnitte zu unterscheiden: Einmal der Zeitraum beginnend vom Erbfall bis zur Erhebung der Einrede der beschränkten Haftung seitens des Erben, zum anderen der Zeitraum nach Erhebung dieser Einrede.

Da in den Fällen des dürftigen und überbeschwerten Nachlasses die für eine Nachlaßabsonderung unter fremder Verwaltung erforderlichen Kosten aus der Aktivmasse nicht gedeckt werden können, so ist und bleibt der Nachlaß, jedenfalls bis zur Erhebung der Beschränkungseinreden², mangels jeder rechtlichen Sonderbehandlung ununterscheidbar mit dem Eigenvermögen verschmolzen. Erhebt hingegen der Erbe gegenüber einem Befriedigung fordernden Nachlaßgläubiger die Einrede der beschränkten Erbenhaftung, so sondert sich der Nachlaß rechtlich vom sonstigen Vermögen ab. Durch die erhobene Beschränkungseinrede wird

-
- 1 Sei es ein Anspruch auf Aufwendungsersatz, §§ 1991 I, 1978 III BGB, oder sei es, daß der Erbe Forderungen gegen den Erblasser hatte, § 1991 II BGB.
 - 2 Über die verschiedenen Arten und allgemeinen Voraussetzungen vgl. Bartholomeyczik "Erbrecht", § 54 B 2. Abschnitt II, III, S. 364; kritisch gegen dessen Einteilung der Beschränkungseinreden, Lange, § 51 III 1a.

sowohl den Nachlaßgläubigern der Zugriff in das Eigenvermögen, als auch umgekehrt - nach Bartholomeyczik¹ - den Eigengläubigern der Zugriff in den Nachlaß verwehrt. Es kommt also nicht, wie bei den amtlichen Abwicklungsverfahren, dadurch zu einer Sondervermögensbildung, daß die Verwaltungs- und Verfügungsmacht auf einen Verwalter übergeht. Wohl aber führt der Erbe auf eigene Initiative durch Einredeerhebung und damit verbundener Haftungsbeschränkung und Haftungssonderung eine derartig einschneidende rechtliche Trennung auf haftungsmäßiger Ebene gegenüber dem Eigenvermögen herbei, daß nach der zu Anfang aufgestellten Begriffsdefinition sehr wohl von einem SV mit derselben unbeschränkten Verfügungsmacht des einheitlichen Rechtsträgers gesprochen werden kann². Die Folgen der Absonderung des dürftigen und überbeschwerten Nachlasses bezüglich der Rechtsbeziehungen zum Eigenvermögen erschöpfen sich in § 1991 I, II, BGB. Danach findet im Gegensatz zur Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs weder eine absolut wirkende Wiederherstellung erloschener Rechtsverhältnisse statt, §§ 1991 II, 1976 BGB, noch bestehen die Ansprüche auf Verwendungsersatz, §§ 1991 I, 1978 III BGB mit absoluter Außenwirkung. Die Trennungswirkung äußert sich vielmehr nur relativ³, d. h. im Verhältnis zwischen dem seine Befriedigung suchenden Nachlaßgläubiger und dem sich auf die Einrede berufenden Erben. Insoweit ist es berechtigt, den dürftigen und überbeschwerten Nachlaß als ein "relatives SV" zu bezeichnen, zu Unterscheidung von den anderen SV des Privatrechts,

-
- 1 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 54 B 2. Abschnitt II, 1. S. 364. Anders aber insoweit die h. M., nach der sich die Eigengläubiger auch aus Mitteln des Nachlasses Befriedigung verschaffen können, vgl. z. B. Kipp-Coing, § 99 III 3; Planck-Flad, § 1990 Anm. d.
 - 2 Dagegen spricht Bartholomeyczik, in Erman, Vorbem. zu §§ 1990 - 1992, Anm. 2a, von "Haftungssonderung ohne Bildung von Sondervermögen". Gegen ein SV ebenfalls: Boegl, S. 116. Wie hier für Sondervermögensbildung: Planck-Flad, § 1990 Anm. b; Staudinger-Lehmann, § 1990, Anm. 28; v. Tuhr I, S. 331.
 - 3 Vgl. dazu Erman-Bartholomeyczik, § 1991 Anm. 1; Planck-Flad, § 1991 Anm. 1a.

deren durch die Absonderung hervorgerufenen Rechtsverhältnisse mit absoluter Wirkung existieren. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Nachlaß in den Fällen der §§ 1990, 1992 BGB auch schon vor Einredeerhebung insoweit ein potentielles SV bildet, als der Erbe jederzeit durch Erhebung der haftungsbeschränkenden Einreden eine rechtliche Sonderbehandlung gegenüber seinem eigenen Vermögen herbeiführen kann. In diesem Augenblick tritt eine Aktualisierung des potentiellen SV zu einem relativen SV ein. Hatte der Erbe Forderungen gegen den Erblasser oder kann er Aufwendungsersatz verlangen, so wird der Erbe, ebenso wie die KAG, auch sein eigener Gläubiger und hat als Eigenverwalter des ihm zugeordneten SV die seinem Eigenvermögen zugehörige Forderung zu erfüllen. Der einzige Unterschied zwischen diesen beiden Schuldverhältnissen ergibt sich daraus, daß der Nachlaß ein relatives, der Investmentfonds ein absolutes SV ist. Der Erbe hat nur gegenüber seinem Befriedigung fordernden Nachlaßgläubiger einen im Verhältnis zu diesem bestehenden Anspruch gegen den Nachlaß, während der Anspruch der KAG gegen den Fonds absolut, d. h. allen Dritten gegenüber besteht¹, was aber für die Kernfrage dieser Untersuchung, die Möglichkeit des Erlöschens solcher Forderungen durch Erfüllung, nicht von Bedeutung ist.

Diesbezüglich wird der Erbe nahezu einmütig in Literatur² und Rechtsprechung³ mit Rücksicht darauf, daß er seine eigene Verurteilung nicht betreiben kann, einem Nachlaßgläubiger mit rechtskräftigem Urteil gleichgestellt, wodurch er anderen Nach-

1 Eine praktische Folgerung daraus ist, daß Eigengläubiger des Erben diese Ansprüche nicht pfänden können, vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 1991 Anm. 2; Staudinger-Lehmann, § 1991 Anm. 3, während diese Möglichkeit den Gläubigern der KAG offensteht, Sie wird erwähnt von Klenk, Diss., S. 6.

2 Vgl. Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 54 B 2. Abschn. III 5 c, S. 366; BGB-RGRK-Johannsen, § 1990 Anm. 16; Siebert-Ehard-Eder, § 1991 Anm. 5; Staudinger-Lehmann, § 1991 Anm. 7.

3 RG in Warn Rspr 1914 Nr. 213, 302 a. E.; RGZ 139, 199 ff. (202).

laßgläubiger mit rechtskräftigem Urteil gleichgestellt, wodurch er anderen Nachlaßgläubigern gegenüber als befriedigt gilt, § 1991 III BGB. Im Ergebnis bedeutet das nichts anderes als eine rechnerische Verringerung seiner Herausgabepflicht, welche er durch Einrede einem fordernden Gläubiger gegenüber geltend zu machen hat¹.

Eine entsprechende Anwendung dieses Ergebnisses auf Forderungen der KAG gegen das SV würde darauf hinauslaufen, daß sie immer dann, wenn Anteilinhaber ihren Rückzahlungsanspruch nach § 10 II anmelden, durch Erhebung einer Einrede den dem Rückzahlungspreis zugrunde liegenden Inventarwert in Höhe ihrer Forderung rechnerisch vermindern müßte. Eine derartige Befriedigung der Ansprüche im Wege der Erhebung einer Einrede wäre einmal wegen der laufenden Rücknahme und Neuausgabe von Anteilscheinen äußerst umständlich und würde zum andern den berechtigten Interessen der KAG nicht gerecht, einen von allen sondervermögensrechtlichen Bindungen befreiten Gegenwert in ihr Eigenvermögen zu ziehen. Diesen Erfolg kann die KAG nur dadurch herbeiführen, daß man ihr die rechtliche Möglichkeit zugesteht, dingliche Erfüllungsgeschäfte, d. h. auch Willenseinigungen, gerichtet auf Rechtsübertragung aus dem SV in das Eigenvermögen, mit sich selbst abzuschließen. Den dogmatisch einwandfreien Weg zeigt die in dieser Arbeit vertretene Spaltungstheorie². Im Gegensatz zum Abschluß obligatorischer Kausalverträge kann hier die KAG in Analogie zu § 181 BGB als Eigenverwalter und Träger des SV rechtswirksam an sich selbst als Träger des Eigenvermögens leisten, da sie damit ausschließlich eine Schuld des SV gegenüber ihrem Eigenvermögen erfüllt. Soweit der Weg über eine analoge Anwendung des § 181 BGB auch auf Ansprüche

1 So Binder, S. 103; Hunn, Diss., S. 65 leugnet deswegen das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen Eigenvermögen und Nachlaß, weil nur ein Schuldverhältnis zwischen Erben und Nachlaßgläubiger bestehe.

2 Vgl. auch oben S. 49 f.

des Erben gegen den dürftigen oder überbeschwerten Nachlaß bejaht wird¹, liegt darin implizite eine Anerkennung des Nachlasses als SV sowie einer juristisch gespaltenen Rechtsträgerschaft einer natürlichen identischen Rechtsperson.

Als Haftungsobjekte, die mittels Insichgeschäfts der KAG aus dem SV in das Eigenvermögen übertragen werden können, kommen ausschließlich Forderungen und Wertpapiere in Betracht. Sondervermögensforderungen werden durch Insichzession nach § 398 BGB in das Eigenvermögen abgetreten, während die im Besitz der Depotbank befindlichen, nach sachenrechtlichen Regeln zu übertragenden Wertpapiere durch ein Insichgeschäft nach §§ 929, 931 BGB² vom SV in das Eigenvermögen gelangen. Zur Wirksamkeit der Rechtsübertragung genügt nicht ein unerkennbar gebliebener Willensentschluß des Organs der KAG, sondern es bedarf noch einer äußerlich wahrnehmbaren Erfüllungshandlung, die regelmäßig in den entsprechenden Verbuchungsvorgängen zu sehen sein wird³.

Entnimmt die KAG zuviel, so bleibt die Übertragung derjenigen Gegenstände, die wertmäßig den geschuldeten Betrag übersteigen, wegen des insoweit wieder eingreifenden § 181 BGB rechtlich bedeutungslos. Zur Beschaffung der zu ihrer Befriedigung notwendigen Geldmittel bei Zahlungsansprüchen im Wege der Veräußerung von Anlagewerten an Dritte ist sie nicht ohne weiteres befugt. Maßgeblich ist, ob eine solche Art der Geldbeschaffung im Rahmen einer ordnungsgemäßen Sondervermögensverwaltung liegt, was nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles entschieden werden kann.

1 So von Bartholomeyczik, "Erbrecht", ebenda; Lange, § 51 III 3a, S. 675, Fußn. 9; Siber, S. 66.

2 Der obligatorische Herausgabeanspruch der KAG als Sondervermögensträger gegen die Depotbank resultiert aus dem zwischen ihnen bestehenden Verwahrungsverhältnis. Vgl. Diss. Baum, S. 143; Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 83; Diss. Schäcker, S. 90.

3 Vgl. Staudinger-Coing, § 181, Anm. 21.

2. Erfüllungssurrogate

Zum Erlöschen der Rechtsverhältnisse durch die Erfüllungssurrogate der Hinterlegung, der Aufrechnung und des Erlasses seien noch folgende, den Investmentfonds anhaftende Besonderheiten herausgestellt.

Praktisch kann nur eine gegen das Eigenvermögen gerichtete Sondervermögensforderung durch Hinterlegung unter Rücknahmeverzicht seitens der KAG erlöschen, § 378 BGB, da nur dann eine der Voraussetzungen der Hinterlegung nach § 372 BGB - Annahmeverzug der verfügungsberechtigten Depotbank - denkbar ist. Gehört dagegen die Forderung zum Eigenvermögen der KAG, so besteht wegen ihrer jederzeitigen Befugnis zur Leistung an sich selbst gar nicht die Möglichkeit, daß jemals eine der Voraussetzungen des § 372 BGB eintritt.

Sollen auf gleichartige Leistungen gerichtete Forderungen des Eigen- und des Sondervermögens im Wege der Aufrechnung getilgt werden, so gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 387 ff. BGB, wobei unter "zwei Personen" i. S. des § 387 BGB allein die KAG in ihrer Eigenschaft als Träger des Sonder- und des Eigenvermögens zu verstehen ist. Die KAG als juristisch gespaltenes Rechtssubjekt muß materiell-rechtlich Träger von Recht und Verbindlichkeit sein, damit die zur Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit besteht. Aufrechnungsgegner, d. h. derjenige, demgegenüber die gestaltende Aufrechnungserklärung erfolgt, ist grundsätzlich der Träger der Passivforderung¹.

Benutzt die KAG aber eine zu ihrem Eigenvermögen gehörende Forderung als Aktivforderung, so hat sie allerdings wegen § 11 VIII Ziff. 1 die empfangsbedürftige Aufrechnungserklärung nicht etwa an sich als Träger des SV zu richten. Vielmehr ist Erklärungsempfänger die zur Verfügung über die Passivforderung

1 Vgl. zur Terminologie Erman-Westermann, Vor § 387 Anm. 1.

ermächtigte Depotbank¹. Daraus folgt umgekehrt aus der Rechtsnatur der Aufrechnung als einer Verfügung, daß nur die Depotbank mit einer Sondervermögensforderung als Aktivforderung durch Erklärung gegenüber der KAG aufrechnen kann. § 8 III steht deshalb einer rechtswirksamen Aufrechnung nicht entgegen, weil er nur die Fälle trifft, in denen eine formelle Aufrechnungslage zwischen der KAG und außenstehenden Dritten besteht.

Sollen Rechtsverhältnisse durch Erlaßvertrag zum Erlöschen gebracht werden, so ist zu unterscheiden, ob die zu erlassende Forderung zum Eigen- oder zum Sondervermögen gehört.

Vertragsparteien eines Erlaßvertrages, durch den eine gegen das Eigenvermögen gerichtete Sondervermögensforderung getilgt werden könnte, sind die KAG als Schuldner und die verfügungsberechtigte Depotbank². Da der wirksame Erlaßvertrag einen wirtschaftlichen Verzicht auf die Sondervermögensforderung bedeuten würde, § 11 VIII Ziff. 1 die Depotbank aber ausdrücklich zur Geltendmachung verpflichtet, so wird eine derartige, dem SV schädliche Verfügung von der gesetzlichen Ermächtigung nicht mehr gedeckt, denn "geltend machen" ist gerade das Gegenteil von "verzichten". Ein Erlaßvertrag zwischen Depotbank und KAG wäre deshalb als Verfügung eines Nichtberechtigten unwirksam.

Vertragspartner eines Erlaßvertrages, durch den die KAG auf eine zum Eigenvermögen gegen das SV gerichtete Forderung verzichten will, kann nur sie selbst als Eigenverwalter und juristisch gespaltener Rechtsträger sein. Folgt man der strengen h. A. zur Auslegung des § 181 BGB³, insbesondere der der Rechtsprechung⁴, so ist auch dieser Erlaßvertrag als formales Insichgeschäft un-

1 Vgl. dazu allgemein Erman-Westermann, § 388 Anm. 1.

2 Auch in § 397 kann "Gläubiger" der zur Verfügung über die Forderung Befugte sein. Vgl. Erman-Westermann, § 397 Anm. 3.

3 Vgl. oben S. 119 Fußnote 1.

4 Vgl. auch die bei Staudinger-Coing, § 181 Anm. 3a, a. E. aufgeführten Reichsgerichtsentscheidungen.

wirksam, obwohl er dem SV, d. h. materiell den Anteilhabern, ausschließlich zum Vorteil gereichen würde.

3. Konfusion

Unumgängliche Voraussetzung für den Bestand der in dieser Arbeit aufgezeigten Rechtsverhältnisse ist die rechtliche Trennung zweier Vermögenskreise desselben Rechtsträgers. Vereinigen sich die beiden Vermögenskomplexe wieder zu einem einheitlichen Vermögen, weil der Grund für die Vermögensabsonderung wegfällt, so kommen die Rechtsverhältnisse mit endgültiger Massenvereinigung notwendigerweise zum Erlöschen. Es handelt sich dabei um denselben Vorgang, den man, bei Vereinigung von Forderung und Schuld zweier tatsächlich verschiedener Subjekte als Träger eines einheitlichen Vermögens in einer Person, Konfusion nennt¹. Der juristisch gespaltene Träger des SV und der Träger des Eigenvermögens wird mit dem Träger eines einzigen Vermögens identisch. Es besteht weder ein rechtlich geschütztes Interesse, noch die begriffliche Möglichkeit, das Schuldverhältnis aufrechtzuerhalten. Gewöhnlich führt bei den SV mit getrennter Verfügungsmacht die Beendigung der Sondervermögensverwaltung das Ende der Gütersonderung und damit ein Erlöschen der Rechtsbeziehungen zwischen Eigen- und Sondervermögen herbei².

Die rechtliche Regelung des KAGG verhindert allerdings im Interesse der Investmentsparer eine Vereinigung des SV mit dem Eigenvermögen der KAG und damit ein Erlöschen der Rechtsbeziehungen durch Konfusion. Zwar kennt auch das KAGG in § 12 III Satz 1 ein Erlöschen der Sondervermögensverwaltung durch die KAG. Dieser Umstand beseitigt aber nicht die Grenzen zwischen

1 Vgl. v. Tuhr I, S. 343.

2 So auch für eingebrachtes Gut und Vorbehaltsgut der Frau nach dem alten gesetzlichen Güterstand, Brandt, Diss., S. 90; allgemein Hunn, Diss., S. 87.

den Vermögensmassen. Vielmehr führt er nach § 13 I zu einem Übergang des SV auf die Depotbank im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Als ein vom übrigen Vermögen seines jeweiligen Trägers getrenntes SV¹ existiert der Investmentfonds so lange, bis er durch Verteilung an die Anteilinhaber abgewickelt wird².

1 Vgl. oben S. 95.

2 Zur Frage der Abwicklung und Verteilung des SV unter Verarbeitung der bisher geäußerten Meinungen, vgl. Diss. Reuter, S. 125 ff., Diss. Klenk, S. 103 ff.

§ 10 Die Durchsetzung der Rechtsbeziehungen im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren

1. Erkenntnisverfahren

Werden die zu Rechtsübertragungen zwischen Eigen- und Sondervermögen verpflichtenden Rechtsverhältnisse nicht freiwillig erfüllt, so muß die Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung gegeben sein. Dabei interessiert vor allem die Frage nach den Parteien, die den Prozeß als Kläger und Beklagte zu führen haben. Im Regelfalle bezweckt der Leistungsprozeß eine Bereinigung des Interessengegensatzes zwischen zwei verschiedenen Subjekten als Träger eines einheitlichen Vermögens, die sich gewöhnlich auch als Parteien gegenüberstehen, während hier derselbe Erfolg zwischen zwei getrennten Vermögenskreisen eines tatsächlich einheitlichen Rechtsträgers herbeizuführen ist. Zwecks Beantwortung dieser Frage soll unterschieden werden, ob eine Forderung des SV gegen das Eigenvermögen (Aktivprozeß) oder eine Forderung des Eigen- gegen das Sondervermögen (Passivprozeß) gerichtlich geltend gemacht wird.

a) Aktivprozeß

Wären die Prozeßparteien mit den Subjekten des materiellen Rechtsverhältnisses notwendig identisch, so käme man unter Durchbrechung des Zweiparteienprinzips logischerweise zu einem Insichprozeß, in dem die KAG sowohl in der Parteirolle des Klägers als auch des Beklagten aufzutreten hätte, um einen Anspruch des SV gegen das Eigenvermögen zu verfolgen.

Das Problem der gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Rechtsbeziehungen zwischen gesonderten Vermögensmassen desselben Rechtsträgers wurde bisher naturgemäß nur bei den SV unter fremder Verwaltung erörtert. Demnach ist für die Bestimmung der Parteien maßgeblich, ob man sich hinsichtlich der Stellung der Sondervermögensverwalter dem Standpunkt der Amts- oder

Vertretertheorie anschließt¹.

Diese Kontroverse braucht aber für Forderungen der Investmentfonds gegen das Eigenvermögen der KAG nicht weiter vertieft zu werden. Nicht nur deshalb, weil es sich um SV unter der Verwaltung desselben Rechtsträgers handelt, sondern vor allem deswegen, weil die unmißverständliche Formulierung des § 11 VIII Ziff. 1 die Depotbank zur Geltendmachung "im eigenen Namen" berechtigt und verpflichtet, was ausschließt, daß sie im Prozeß als Vertreter² das Verfügungsrecht des Sondervermögensträgers ausübt. Vielmehr steht ihr als einem ermächtigten Dritten auf Grund dieser Vorschrift auch die Prozeßführungsbefugnis zu und insofern ist sie die richtige Partei³, die als Kläger eine Sondervermögens-

-
- 1 An dieser Stelle zeigt sich noch der einzige sachlich-rechtliche und verfahrensrechtliche Unterschied zwischen den beiden Theorien. Zustimmung Bartholomeyczik, "Erbrecht", § 42 I 3c, S. 259. Einerseits glauben die Verfechter der Amtstheorie, in der begrifflichen Unmöglichkeit eines Prozesses einer Partei gegen sich selbst ein Argument gegen die Vertretertheorie gefunden zu haben. So z. B. Hagen, Jher. Jb. 42, 74 ff.; Baumbach-Lauterbach, § 50 Grundzüge 2 D; Mentzel-Kuhn, § 6 Anm. 17; ausführlicher Stein-Jonas-Pohle, vor § 50 IV. Dagegen erklären auf der anderen Seite die Anhänger der Vertretertheorie das "für den Prozessualisten anstößige Bild einer Partei, die mit sich selbst streitet" (Pohle, MDR 1956, 640) dadurch, daß ein und dasselbe Subjekt beide Parteirollen jedesmal als Träger einer anderen Vermögensmasse innehat. So z. B. ohne den Begriff der "juristischen Spaltung" zu gebrauchen: Kisch, S. 28 f.; Rosenberg, § 39 III 1, S. 166; v. Tuhr I, S. 346 Fußn. 43, Henckel, S. 142, operiert mit dem Begriff des "Interessenvermögens", das auf beiden Seiten des Prozesses verschieden sei, wodurch auch die Parteilstellung des Vermögensinhabers auseinanderfalle. Lediglich Wieczorek, § 50 B IV b, betont ausdrücklich, daß die Parteilfähigkeit des Rechtsträgers gespalten sei.
 - 2 Von einer Vertreterstellung im Zusammenhang mit § 11 VIII Ziff. 1 dagegen spricht Gierke, "Handelsrecht und Schiff-fahrtsrecht", S. 515.
 - 3 Vgl. dazu Rosenberg, § 45 I, II, S. 192 ff.

forderung gegen die KAG einzuklagen hat. Das verfahrensrechtliche Prozeßführungsrecht ist zwar begrifflich streng von dem Verfügungsrecht als der entsprechenden materiell-rechtlichen Rechtsfigur zu trennen¹. Da aber oben nachgewiesen wurde², daß die Verfügungsmacht über Sondervermögensforderungen gegen das Eigenvermögen kraft Gesetzes ausschließlich bei der Depotbank liegt, so schließt die Verfügungsermächtigung die Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung notwendigerweise in sich³, weil der Rechtsträger, die KAG, zur Verfügung nicht mehr berechtigt ist.

Erfüllt die KAG ihre Schuld gegenüber dem SV nicht freiwillig, so hat die Depotbank als prozeßführungsbefugte Partei die Sondervermögensforderung gegen die KAG im eigenen Namen gerichtlich einzuklagen. Obwohl die SV nach dem KAGG nicht unter fremder Verwaltung stehen, so ist dennoch wegen § 11 VIII Ziff. 1 analog die Rechtslage die gleiche, wie wenn vom Boden der Amtstheorie her ein Sondervermögensverwalter gegen den Inhaber als Träger seines Eigenvermögens klagt⁴.

1 Vgl. BGHZ 31, 279 ff. (283).

2 Vgl. oben S. 66.

3 Vgl. Siebert, S. 272 a. A. Auf die Frage der Zulässigkeit einer gewillkürten Prozeßführungsermächtigung, die die h. L. von einem eigenen rechtlichen Interesse des Ermächtigten abhängig macht, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

4 Im Gegensatz zur Rechtslage bei den Amtsverwaltern können aber nach dem KAGG leicht Interessenkollisionen infolge personeller Verflechtungen zwischen KAG und Depotbank eintreten, wodurch Sinn und Zweck des § 11 VIII Ziff. 1 in Frage gestellt werden kann. So ist z. B. die Dresdner Bank AG Allengesellschafter des "Deutschen Investment-Trust (DIT) Gesellschaft für Wertpapieranlagen mbH, Frankfurt/Main" und gleichzeitig auch Depotbank dieser KAG. Vgl. die Übersicht über die deutschen KAG's bei Tormann, "Die Investmentgesellschaften", S. 53. Die diese Konstellation verhin-dernden Vorschläge von Engler und Will, in "Das Wertpapier" 1956, 261, 1. Sp. und 374, wurden seinerzeit vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen.

b) Passivprozeß

Umgekehrt ist die Depotbank nicht passiv prozeßführungsbefugt, wenn es darum geht, Forderungen des Eigenvermögens durchzusetzen. Die Einräumung eines solchen passiven Prozeßführungsrechts durch das KAGG wäre auch systemwidrig gewesen, weil die Depotbank nicht, wie die übrigen Sondervermögensverwalter, über das mit dem erstrebten Titel erreichbare Vermögen Verfügungsbefugt ist¹. Wegen der Ansprüche des Eigen- gegen das Sondervermögen kann es deshalb zu keinem Rechtsstreit kommen, weil sich die KAG als Eigenverwalter des SV jederzeit durch erlaubtes Insichgeschäft analog § 181 BGB nach Belieben selbst Befriedigung verschaffen kann². Nach einer äußerlich erkennbaren Rechtsübertragung scheiden die betreffenden Forderungen, Teilforderungen oder Wertpapiere zwar aus dem SV aus und unterliegen nicht mehr dessen rechtlicher Sonderbehandlung, Schuldner bzw. Besitzer der nunmehr zum Eigenvermögen gehörenden Gegenstände ist und bleibt aber vorläufig immer noch die Depotbank aufgrund ihrer Verwahrungsfunktion.

Händigt die Depotbank aus den gesperrten Konten und Depots den der Forderung entsprechenden Geldbetrag oder die betreffenden Wertpapiere nicht freiwillig der KAG aus, so müßte diese einen Prozeß gegen die Depotbank austragen, aber nicht unter Berufung auf das Gläubiger-Schuldnerverhältnis zwischen Eigen- und Sondervermögen, denn das ist ja durch Erfüllung untergegangen, sondern wegen ihrer Ansprüche aus Eigentümer-Besitzerverhältnis bzw. aus Verletzung des zwischen ihnen bestehenden Verwahrungsverhältnisses. Nur diese Ansprüche der KAG richten sich gegen die Depotbank, nicht aber die Aufwendungsersatzansprüche gemäß § 9 III KAGG, 670 BGB, wie von einigen Autoren, die die Möglichkeit von Rechtsbeziehungen zwischen Eigen- und Sondervermögen

1 Vgl. dagegen für Nachlaßverwalter und Testamentvollstrecker §§ 1984 I 3, 2213 BGB.

2 Vgl. oben S. 133.

nicht berücksichtigen, ausgeführt wird¹.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die die Sperrwirkung zugunsten der KAG beseitigende Bestimmung des § 11 VII Satz 1² zu eng gefaßt ist. Bedenkt man, daß die KAG als Inhaber eigener Anteilscheine in ihrem Eigenvermögen Rückzahlungsansprüche gegen sich als Sondervermögensträger haben kann³, so ist die Depotbank auch über den Wortlaut der Norm hinaus verpflichtet, den entsprechenden Rückkaufpreis der KAG auszusahlen.

In einem Prozeß zwischen der KAG als Kläger und der Depotbank als der Beklagten wäre im Zusammenhang mit der Begründetheit der Klage auch darzutun, aus welchem Grund und in welcher Höhe Forderungen des Eigenvermögens gegen das SV bestanden haben. Denn nur insoweit kann die Übertragung von Sondervermögensgegenständen in das Eigenvermögen rechtswirksam gewesen sein, so daß sie das Herausgabeverlangen der KAG zu stützen vermag. Auch bei Insichverfügungen der KAG zwischen Eigen- und Sondervermögen werden die Interessen der Anteilinhaber allein durch die Verwahrungsfunktion der Depotbank insoweit geschützt.

2. Vollstreckungsverfahren

Die Frage der Befriedigung eines durch Leistungsurteil festgestellten Anspruchs des SV gegen das Eigenvermögen im Wege der Zwangsvollstreckung bereitet keine besonderen Schwierigkeiten mehr. Wie bereits oben festgestellt⁴, richten sich Leistungsansprüche auf rechtsgeschäftliche Rechtsübertragungen, so daß die Vollstreckung auf keinen Fall nach den für die Vornahme von Handlungen geltenden Vorschriften erfolgt⁵. Vielmehr muß in entsprechender Weise wie für das materielle Recht auch für das

1 Von Aufwendungsersatzansprüchen der KAG gegen die Depotbank sprechen: Geßler, WM 1957, a. a. O., S. 29; Diss. vom Berge und Herrendorff, S. 107, ebenso wohl auch Diss. Schäcker, S. 115 a. E., Diss. Klenk, S. 6 a. A.

2 Vgl. dazu Siara-Tormann, § 11 Anm. 7.

3 Vgl. oben S. 89 ff.

4 Vgl. oben S. 106.

5 Gegen diese Art der Vollstreckung auch Diss. Hunn, S. 104.

Vollstreckungsrecht der Grundsatz gelten, daß Rechtsbeziehungen zwischen Sonder- und Eigenvermögen in der gleichen Weise behandelt werden wie solche zwischen zwei tatsächlich verschiedenen Personen. Handelt es sich um die Übertragung bestimmter Sachen aus dem Eigen- in das Sondervermögen, so gelten die Regeln der §§ 894, 897 ZPO¹. Geht dagegen der Anspruch auf Geld, wie wohl in den meisten Fällen, so hat die prozeßführungsbefugte Depotbank die Zwangsvollstreckung gegen die KAG nach den für die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen geltenden Vorschriften zu betreiben, §§ 803 ff. ZPO. Sie kann also sowohl die zum Eigenvermögen gehörenden beweglichen Sachen pfänden als auch an Grundstücken eine Sicherungshypothek eintragen lassen. Mit vollendeter Pfändung oder Eintragung erwirbt aber nicht die rechtsfremde Depotbank das Pfändungspfandrecht, bzw. die Zwangshypothek, sondern die KAG als Sondervermögensträger, da der Satz, daß beschränkte dingliche Rechte an eigener Sache nur in den vom Gesetz bezeichneten Fällen entstehen können, im Verhältnis von Sonder- zu Eigenvermögen nicht gilt². Die hier vertretene Spaltungstheorie liefert die logisch-konstruktive Grundlage für das interessengerechte Ergebnis, daß es sich bei dem Grundpfandrecht nicht um eine Eigentümerhypothek, sondern um eine forderungsbekleidete Fremdhypothek handelt, die der KAG als Träger des SV am Grundstück der KAG als Träger des Eigenvermögens zusteht³.

Folglich kann die auch insoweit ermächtigte Depotbank trotz § 1197 I BGB die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben. Der

1 Dagegen zitiert Brandt, Diss., S. 98, der echte Rechtsübertragungen ablehnt, konsequenterweise §§ 894, 883 ZPO.

2 Vgl. Diss. Brandt, S. 99 m. w. N.

3 Vgl. die entsprechenden Ausführungen von Bartholomeyczik in Erman, § 1976 Anm. 2 für den umgekehrten Fall, daß der Hypothekengläubiger den Eigentümer beerbt und nach Vermögenssonderung als Träger des Eigenvermögens eine Hypothek am Grundstück des Sondervermögens "Nachlaß" erhält. Ihm folgend; Staudinger-Lehmann, § 1976 Anm. 6.

erzielte Versteigerungserlös wird mit Ablieferung an die Depotbank Bestandteil des SV.

LEBENS LAUF

Am 9. August 1940 wurde ich, Wilhelm Graulich, als Sohn des Chemikers Dr. Wilhelm Graulich und seiner Ehefrau Toni, geb. Wagner, in Leverkusen geboren.

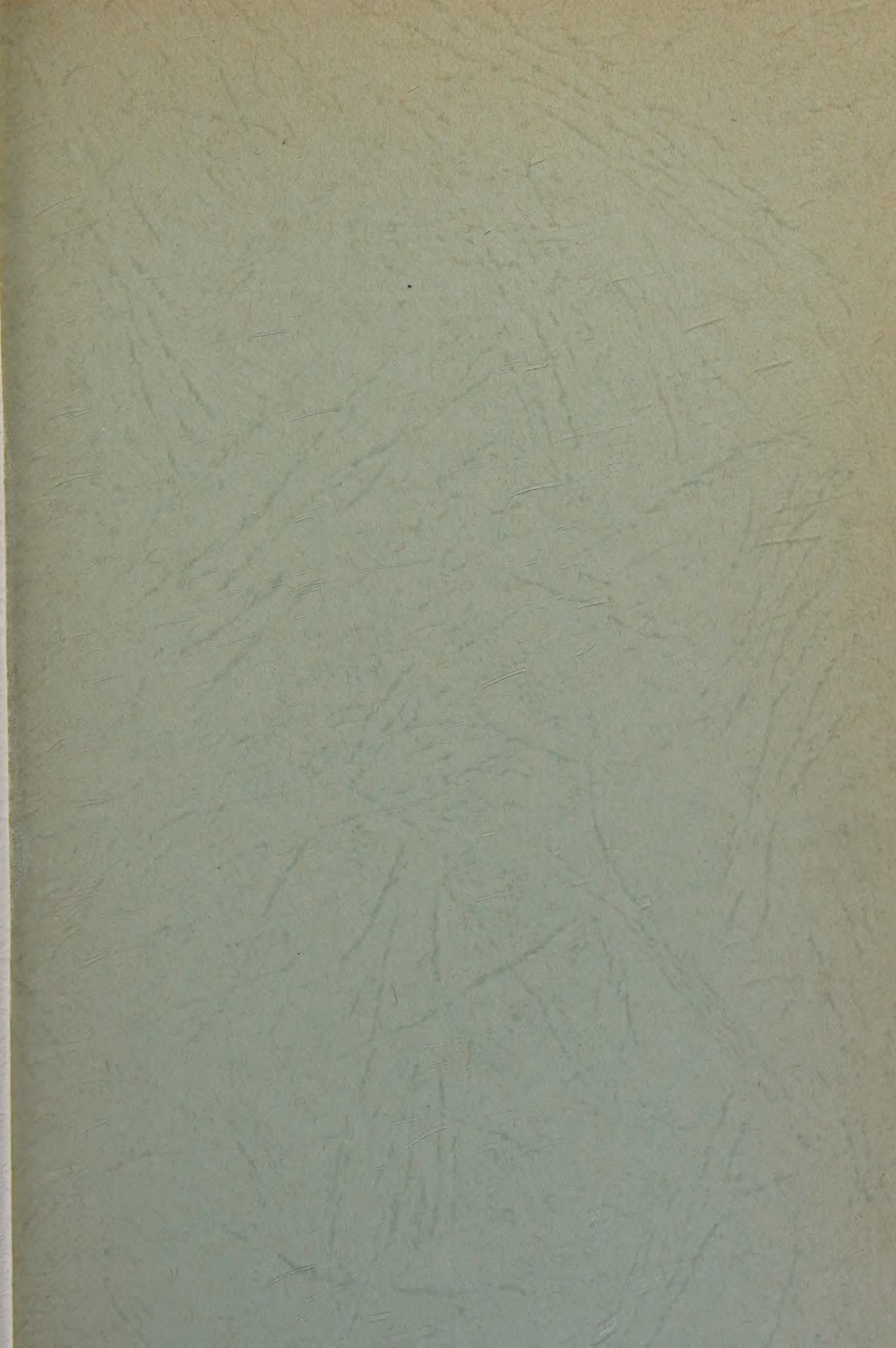
Von Ostern 1947 bis Ostern 1951 besuchte ich für jeweils zwei Volksschuljahre die Evangelische Knabenschule Leverkusen-Wiesdorf sowie die Gemeinschaftsschule Am Bayerwerk. Anschließend wechselte ich auf das Mathematisch-Naturwissenschaftliche Gymnasium der Stadt Leverkusen über, an dem ich am 17. Februar 1960 die Reifeprüfung bestand.

Nachdem ich ab dem SS 1960 in Mainz zunächst zwei Semester Volkswirtschaft studiert hatte, studierte ich insgesamt noch acht Semester Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz und der Carl-Ludwigs-Universität in Freiburg/Brsg.

Am 10. März 1965 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Ministerium der Justiz in Mainz mein erstes juristisches Staatsexamen ab.

Seit dem 3. Mai 1965 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen innerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks Düsseldorf.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 15. Februar 1968 statt.



Spezialdruckerei für Dissertationen: Gouder u. Hansen, Köln, Otto-Fischer-Str. 31-35, Tel. 415580